

**RICARDO C. NUÑEZ**

# **MANUAL DE DERECHO PENAL**

*Parte General*

**4ª Edición actualizada**

**por Roberto E. Spinka y Félix González**

**1999**

**MARCOS  
ERNER**  
  
**EDITORIA  
CORDOBA**

Ninguna persona o entidad, sin autorización escrita de autor y editor, está facultada para reproducir el todo o parte de esta obra, adaptarla, traducirla o disponer su traducción o publicarla, en cualquier forma mecánica, electrónica y /o fotográficamente o su grabación por cualquier medio de recopilación informática, conocida o por conocer, por cuanto el derecho de propiedad establece que el autor y editor son los únicos que pueden disponer de ella.

La infracción a estas disposiciones está penada por lo establecido en el art. 172 y concordantes del Código Penal (art. 2,9,10,71 y 72 de la Ley N° 11.723).

## **FOTOCOPIAR ESTE LIBRO ES DELITO**

**I.S.B.N. N° 950-9426-77-6**

**© MARCOS LERNER EDITORA CÓRDOBA**

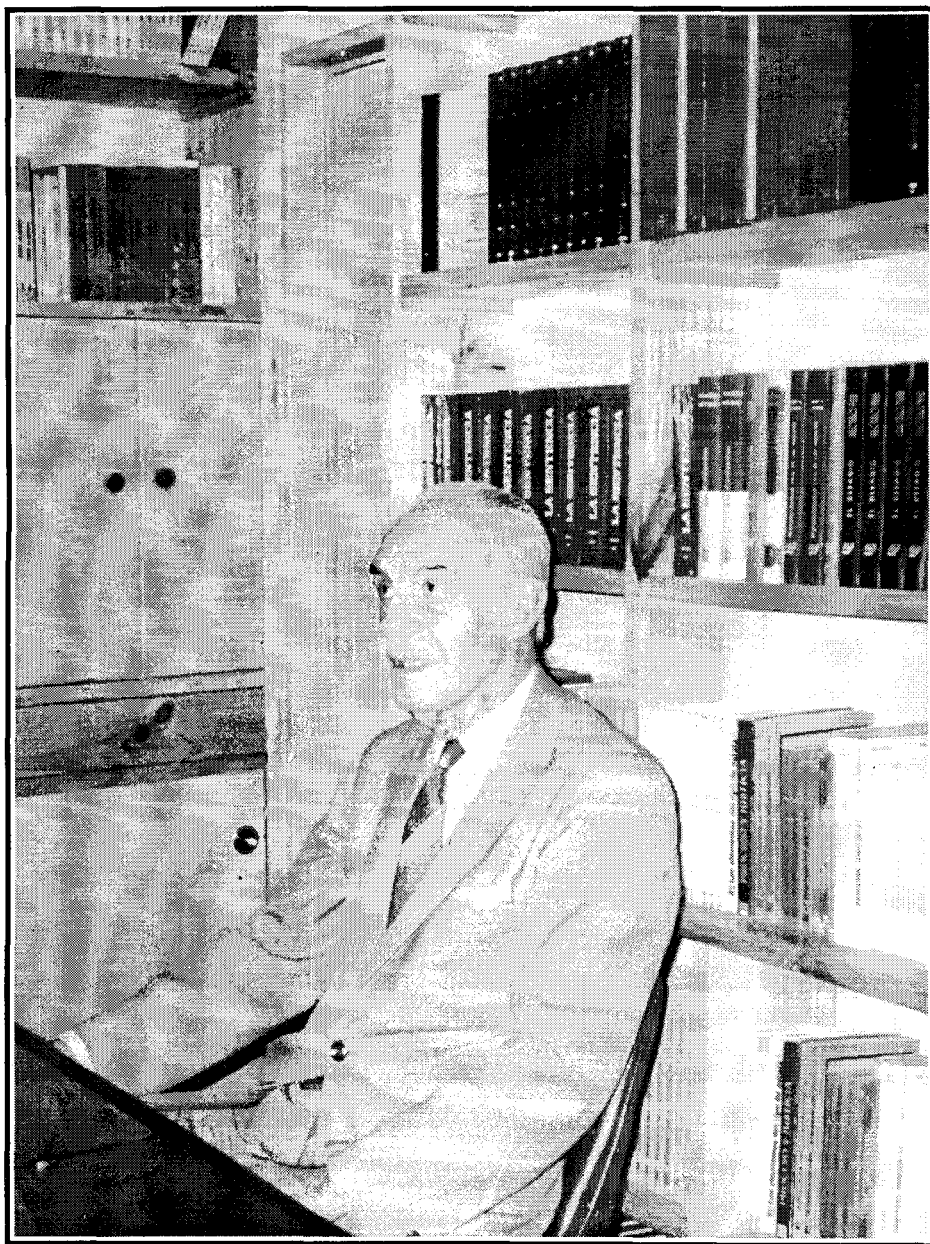
**Administración y Ventas:** Duarte Quirós N° 545 Loc. 2 y 3

Tels. y Fax (0351) 4229333 - **Frente a Tribunales**

**Talleres:** Francisco de Paula Castañeda N° 1183 - Tel. (0351) 4600330  
C.P. 5000 - Córdoba - Argentina

*Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723*

**Impreso en Argentina - Printed in Argentina**



*Dr. Ricardo C. Nuñez*

## Índice General

|                           |    |
|---------------------------|----|
| Del Editor .....          | 7  |
| A la Cuarta Edición ..... | 9  |
| Abreviaturas usadas ..... | 11 |

### Primera Parte

### **PRINCIPIOS GENERALES**

#### CAPÍTULO I

|                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------|----|
| <b>DERECHO PENAL</b> .....                                   | 15 |
| I. Denominación .....                                        | 15 |
| II. Concepto .....                                           | 15 |
| III. Caracteres .....                                        | 16 |
| IV. Fin social .....                                         | 16 |
| V. Fin político .....                                        | 16 |
| VI. Carácter sancionatorio .....                             | 17 |
| VII. Complementación jurídica del Derecho Penal.....         | 18 |
| 1. Concepto .....                                            | 18 |
| 2. Derecho Procesal Penal .....                              | 18 |
| 3. Derecho Penitenciario .....                               | 18 |
| VIII. El Derecho Penal y las ciencias auxiliares .....       | 19 |
| 1. La Relación existente .....                               | 19 |
| 2. La Criminología .....                                     | 19 |
| 3. La Política Criminal .....                                | 20 |
| IX. Fuentes del Derecho Penal actual .....                   | 20 |
| 1. Derecho Penal Romano .....                                | 21 |
| 2. Derecho Penal Germánico .....                             | 23 |
| 3. Derecho Penal Canónico .....                              | 25 |
| 4. La influencia de la Ilustración en el Derecho Penal ..... | 28 |



|                                                               |           |
|---------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>CAPÍTULO II</b>                                            |           |
| <b>EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO .....</b>            | <b>31</b> |
| <b>CAPÍTULO III</b>                                           |           |
| <b>DIVISIÓN DEL DERECHO PENAL .....</b>                       | <b>37</b> |
| I. Derecho Penal Común .....                                  | 37        |
| II. Derecho Penal Contravencional .....                       | 38        |
| III. Derecho Penal Disciplinario .....                        | 43        |
| <b>CAPÍTULO IV</b>                                            |           |
| <b>ESCUELAS PENALES .....</b>                                 | <b>45</b> |
| I. Escuela Toscana .....                                      | 46        |
| II. Escuela Positiva .....                                    | 48        |
| III. Tercera Escuela .....                                    | 51        |
| IV. Escuela Dogmática .....                                   | 51        |
| 1. La obra de FEUERBACH .....                                 | 51        |
| 2. El objeto del método dogmático .....                       | 52        |
| 3. La Teoría Jurídica del delito y la Teoría de la Imputación |           |
| Jurídico-Delictiva .....                                      | 52        |
| 4. Los precursores de la Teoría Jurídica del Delito .....     | 53        |
| 5. Las etapas del Dogmatismo .....                            | 53        |
| 6. Positivismo Jurídico o Científico .....                    | 53        |
| 7. El Normativismo o teleologismo .....                       | 54        |
| 8. El Finalismo .....                                         | 55        |
| <b>CAPÍTULO V</b>                                             |           |
| <b>EL ÁMBITO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL .....</b>         | <b>57</b> |

Segunda Parte  
**TEORÍA DE LA LEY PENAL**  
 I. LA LEY PENAL

|                                                                      |           |
|----------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>CAPÍTULO I</b>                                                    |           |
| <b>LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO</b>           |           |
| <b>DE LEGALIDAD .....</b>                                            | <b>61</b> |
| I. Concepto de fuente del Derecho Penal .....                        | 61        |
| II. La ley penal .....                                               | 62        |
| III. El federalismo y la ley penal .....                             | 63        |
| IV. Principio de legalidad de la represión .....                     | 64        |
| 1. Consecuencias del principio de la legalidad de la represión ..... | 65        |
| 2. Indelegabilidad de la facultad legislativa penal .....            | 65        |
| 3. Principio de reserva penal y sus presupuestos .....               | 66        |

|                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------|-----------|
| A. DETERMINACIÓN LEGAL DE LOS HECHOS PUNIBLES .....                   | 67        |
| B. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA .....                               | 67        |
| C. PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL<br>POR ANALOGÍA ..... | 68        |
| D. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL .....                             | 69        |
| <br><b>CAPÍTULO II</b>                                                |           |
| <b>INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL .....</b>                           | <b>71</b> |
| I. Resguardos frente a sus excesos .....                              | 71        |
| II. Concepto .....                                                    | 72        |
| III. Sujetos que la realizan .....                                    | 72        |
| A. INTERPRETACIÓN JUDICIAL .....                                      | 72        |
| B. INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA .....                                   | 73        |
| C. INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA .....                                   | 73        |
| IV. Objeto de la interpretación .....                                 | 74        |
| V. Métodos de interpretación jurídica .....                           | 75        |
| A. METODO EXEGÉTICO O GRAMATICAL .....                                | 75        |
| B. MÉTODO HISTÓRICO .....                                             | 76        |
| C. MÉTODO TELEOLÓGICO .....                                           | 76        |
| D. MÉTODO SISTEMÁTICO .....                                           | 76        |
| E. USO DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN .....                         | 77        |
| F. LIMITACIONES DE LA INTERPRETACIÓN PENAL .....                      | 78        |
| G. INTELECCIÓN Y SUBSUNCIÓN .....                                     | 79        |
| <br><b>CAPÍTULO III</b>                                               |           |
| <b>VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL .....</b>                         | <b>81</b> |
| I. Principio territorial .....                                        | 81        |
| II. Principio real o de defensa .....                                 | 83        |
| III. Principio personal .....                                         | 85        |
| IV. Principio de la personalidad pasiva .....                         | 85        |
| V. Principio Universal .....                                          | 86        |
| VI. Extradición .....                                                 | 86        |
| 1. Objeto y regulación .....                                          | 86        |
| 2. Condiciones .....                                                  | 88        |
| VII. Aplicación de la ley extranjera .....                            | 89        |
| <br><b>CAPÍTULO IV</b>                                                |           |
| <b>VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL .....</b>                         | <b>91</b> |
| <br><b>CAPÍTULO V</b>                                                 |           |
| <b>VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL .....</b>                         | <b>95</b> |
| <br><b>CAPÍTULO VI</b>                                                |           |
| <b>LEGISLACIÓN PENAL SUPLETORIA .....</b>                             | <b>99</b> |

## Tercera Parte

### EL DELITO

#### CAPÍTULO I

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO</b> .....                              | 103 |
| I. Su objeto .....                                                   | 103 |
| II. Definición jurídica del delito .....                             | 103 |
| 1. Definición formal .....                                           | 103 |
| 2. Definición doctrinaria .....                                      | 103 |
| 3. Definición dogmática .....                                        | 104 |
| A. SU EVOLUCIÓN .....                                                | 104 |
| a. Positivismo jurídico o científico .....                           | 104 |
| b. Normativismo .....                                                | 105 |
| c. Finalismo .....                                                   | 107 |
| B. LA DEFINICIÓN DEL DELITO CON ARREGLO AL<br>DERECHO POSITIVO ..... | 108 |

#### CAPÍTULO II

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| <b>EL HECHO</b> (Acción en sentido amplio) ..... | 113 |
| I. Exterioridad del hecho .....                  | 113 |
| II. El agente del hecho .....                    | 113 |
| III. Las dos formas del hecho .....              | 115 |

#### CAPÍTULO III

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| <b>LA ACCIÓN</b> .....                                 | 117 |
| I. Concepción causal de la acción .....                | 117 |
| II. Concepción finalista de la acción .....            | 118 |
| III. Concepción social de la acción .....              | 119 |
| IV. Concepto de la acción en el derecho positivo ..... | 119 |
| V. Elementos de la acción. Definición .....            | 124 |
| 1. Elementos y definición .....                        | 124 |
| 2. La voluntad .....                                   | 124 |
| 3. El comportamiento .....                             | 124 |
| 4. El resultado .....                                  | 125 |
| VI. Relación de causalidad .....                       | 125 |
| 1. El problema causal .....                            | 125 |
| 2. Teorías enunciadas .....                            | 125 |
| 3. La tesis correcta .....                             | 129 |

#### CAPÍTULO IV

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| <b>LA OMISIÓN</b> ..... | 131 |
|-------------------------|-----|

## CAPÍTULO V

|                                  |            |
|----------------------------------|------------|
| <b>LA OMISIÓN IMPROPIA .....</b> | <b>133</b> |
|----------------------------------|------------|

## CAPÍTULO VI

|                                             |            |
|---------------------------------------------|------------|
| <b>EL LUGAR Y EL TIEMPO DEL HECHO .....</b> | <b>137</b> |
|---------------------------------------------|------------|

## CAPÍTULO VII

|                                |            |
|--------------------------------|------------|
| <b>EL TIPO DELICTIVO .....</b> | <b>139</b> |
|--------------------------------|------------|

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Concepto y función .....                                                                                          | 139 |
| II. Elementos conceptuales del tipo .....                                                                            | 139 |
| III. Composición de los tipos delictivos .....                                                                       | 143 |
| IV. Clasificación de los tipos delictivos (Clasificación de los delitos) ..                                          | 144 |
| 1. Tipo general y tipo especial .....                                                                                | 144 |
| 2. Tipos básicos (o fundamentales o generales) y<br>tipos especiales, que pueden ser calificados o privilegiados ... | 144 |
| 3. Tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja .....                                                           | 145 |
| 4. Tipos con unidad o pluralidad de hipótesis .....                                                                  | 145 |
| 5. Tipos simples y tipos compuestos .....                                                                            | 146 |
| 6. Tipos de peligro y tipos de daño o lesión .....                                                                   | 147 |
| 7. Tipos de simple conducta, tipos formales y tipos<br>materiales .....                                              | 147 |
| 8. Tipos de comisión y tipos de omisión .....                                                                        | 148 |
| 9. Tipos instantáneos y tipos permanentes .....                                                                      | 148 |
| 10. Tipos comunes y tipos especiales .....                                                                           | 149 |
| V. Relaciones de los tipos delictivos (Concurso aparente de leyes) .....                                             | 149 |

## Cuarta Parte

### ANTI JURIDICIDAD

## CAPÍTULO I

|                                                          |            |
|----------------------------------------------------------|------------|
| <b>LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO .....</b> | <b>153</b> |
|----------------------------------------------------------|------------|

## CAPÍTULO II

|                                      |            |
|--------------------------------------|------------|
| <b>CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN .....</b> | <b>157</b> |
|--------------------------------------|------------|

## CAPÍTULO III

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| I. Estado de Necesidad .....      | 161 |
| II. Legítima defensa .....        | 162 |
| 1. Generalidades .....            | 162 |
| 2. Defensa propia .....           | 163 |
| 3. Defensa propia presumida ..... | 164 |
| 4. Defensa de un Tercero .....    | 165 |



|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| III. Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho, |     |
| Autoridad o cargo .....                                  | 165 |
| 1. Cumplimiento de un Deber .....                        | 166 |
| 2. Ejercicio legítimo de un derecho .....                | 166 |
| 3. Ejercicio legítimo de una autoridad .....             | 167 |
| 4. Ejercicio legítimo de un cargo .....                  | 168 |
| IV. Obediencia debida .....                              | 169 |
| V. Autorizaciones legales .....                          | 171 |
| VI. Exceso en los límites de la justificación .....      | 172 |

## Quinta Parte

### LA CULPABILIDAD

#### Capítulo I

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| <b>PRINCIPIOS GENERALES</b> ..... | 177 |
|-----------------------------------|-----|

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| I. Nulla Poena sine culpa .....                            | 177 |
| II. Desenvolvimiento de la teoría de la culpabilidad ..... | 178 |

#### Capítulo II

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| <b>TEORÍA LEGAL DE LA CULPABILIDAD</b> ..... | 181 |
|----------------------------------------------|-----|

|                   |     |
|-------------------|-----|
| I. Concepto ..... | 181 |
|-------------------|-----|

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| II. Imputabilidad ..... | 181 |
|-------------------------|-----|

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 1. Presupuestos biológicos ..... | 182 |
|----------------------------------|-----|

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| A. MADUREZ MENTAL ..... | 182 |
|-------------------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| B. SALUD MENTAL ..... | 182 |
|-----------------------|-----|

|                     |     |
|---------------------|-----|
| C. CONCIENCIA ..... | 183 |
|---------------------|-----|

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 2. Presupuesto psicológico ..... | 184 |
|----------------------------------|-----|

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 3. Efectos de la inimputabilidad ..... | 186 |
|----------------------------------------|-----|

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| III. Formas de la relación síquica ..... | 187 |
|------------------------------------------|-----|

|               |     |
|---------------|-----|
| 1. Dolo ..... | 187 |
|---------------|-----|

|                   |     |
|-------------------|-----|
| A. CONCEPTO ..... | 187 |
|-------------------|-----|

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| B. DOLO ESPECÍFICO ..... | 189 |
|--------------------------|-----|

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| C. MOMENTO DEL DOLO ..... | 189 |
|---------------------------|-----|

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| D. EL DOLO NO SE PRESUME ..... | 189 |
|--------------------------------|-----|

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| E. EL ERROR Y LA IGNORANCIA COMO CAUSAS DE<br>EXCLUSIÓN DEL DOLO ..... | 189 |
|------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| a. Evolución de la teoría del error ..... | 189 |
|-------------------------------------------|-----|

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| b. El Principio "Error Iuris Nocet" ..... | 190 |
|-------------------------------------------|-----|

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| c. Sistema del Código penal ..... | 191 |
|-----------------------------------|-----|

|                |     |
|----------------|-----|
| 2. Culpa ..... | 193 |
|----------------|-----|

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| A. EXCLUSIÓN DE LA CULPA ..... | 195 |
|--------------------------------|-----|

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 3. Libertad de Decisión del Autor .....      | 196 |
| A. CONCEPTO .....                            | 196 |
| B. EXCLUSIÓN DE LA LIBERTAD (AMENAZAS) ..... | 196 |

## Sexta Parte

### PUNIBILIDAD

#### CAPÍTULO I

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>ACCIONES PENALES</b> .....                                        | 201 |
| I. Concepto .....                                                    | 201 |
| II. Acción pública - Ejercicio .....                                 | 201 |
| III. Acción dependiente de instancia privada - Ejercicio .....       | 202 |
| IV. Acción privada - Ejercicio .....                                 | 205 |
| V. Extinción de las acciones penales .....                           | 205 |
| 1. Principios generales .....                                        | 205 |
| 2. Muerte del imputado .....                                         | 206 |
| 3. Amnistía .....                                                    | 206 |
| 4. Prescripción .....                                                | 208 |
| 5. Renuncia del agraviado .....                                      | 213 |
| 6. Oblación voluntaria .....                                         | 214 |
| 7. Suspensión del juicio a prueba .....                              | 215 |
| A. Concepto .....                                                    | 215 |
| B. Requisitos .....                                                  | 216 |
| a) Delitos comprendidos. ....                                        | 216 |
| b) Solicitud del imputado. ....                                      | 217 |
| c) Ofrecimiento de reparar el daño. ....                             | 217 |
| d) Concurrencia de las condiciones previstas en el art. 26 C.P... .. | 218 |
| e) Consentimiento fiscal. ....                                       | 218 |
| f) Abandono de bienes sujetos a decomiso. ....                       | 218 |
| C. Efectos y condiciones. ....                                       | 218 |
| D. Revocación. ....                                                  | 219 |
| E. Extinción de la acción penal. ....                                | 219 |
| F. Segunda suspensión .....                                          | 219 |

#### CAPÍTULO II

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| <b>EXCUSAS ABSOLUTORIAS</b> ..... | 221 |
|-----------------------------------|-----|

## Séptima Parte

### GRADOS DE LA IMPUTACIÓN DELICTIVA

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| I. Actos Preparatorios ..... | 225 |
| II. Tentativa .....          | 226 |
| 1. Concepto .....            | 226 |

2. Fin del autor ..... 226

3. Comienzo de ejecución del delito ..... 227

4. Falta de consumación del delito ..... 229

5. Impunidad de la tentativa ..... 229

6. Pena de la tentativa ..... 231

III. Delito imposible ..... 232

1. Concepto. Requisitos. .... 232

2. Fundamento de su castigo ..... 233

3. Delito imposible y carencia de tipo ..... 233

4. Casos comprendidos. .... 234

5. Delito experimental ..... 235

6. Castigo del delito imposible. .... 236

IV. Consumación ..... 236

Octava Parte

**PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

I. Principios Generales ..... 241

1. Concepto ..... 241

2. Principio determinador de la calidad de partícipe ..... 243

3. Categorías de partícipes y penas aplicables ..... 243

4. Autoría y complicidad ..... 244

    A. Necesidad de la distinción ..... 244

    B. Teorías diferenciadoras ..... 245

II. Soluciones del Código Penal ..... 249

1. Autor ..... 249

2. Autor mediato ..... 249

3. Coautoría ..... 251

4. Complicidad ..... 252

    A. Concepto ..... 252

    B. Categorías de cómplices ..... 253

    C. Responsabilidades de los cómplices. .... 254

5. Instigación ..... 255

6. Comunicabilidad de las relaciones, circunstancias o calidades personales ..... 256

Novena Parte

**CONCURSO DE DELITOS**

I. Concepto ..... 261

II. Concurso Ideal ..... 261

1. Concepto ..... 261

2. El hecho ..... 261

    A. Interpretaciones ..... 261

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| B. Concepto legal del hecho .....               | 263 |
| 3. Pena Aplicable .....                         | 265 |
| III. Concurso real .....                        | 266 |
| IV. Unificación de penas .....                  | 267 |
| V. Delito continuado .....                      | 270 |
| 1. Concepto .....                               | 270 |
| 2. Elementos .....                              | 270 |
| A. Pluralidad de hechos. ....                   | 270 |
| B. Dependencia de los hechos entre sí. ....     | 270 |
| C. Sometimiento a una misma sanción legal ..... | 272 |

## Décima Parte

### LA PENA

#### CAPÍTULO I

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| <b>PRINCIPIOS GENERALES</b> .....                         | 277 |
| I. Concepto de la pena .....                              | 277 |
| II. El fin de la pena .....                               | 278 |
| III. Garantías constitucionales respecto de la pena ..... | 278 |
| IV. División de las penas .....                           | 282 |
| 1. División por su naturaleza.....                        | 282 |
| 2. Penas principales y accesorias .....                   | 283 |
| 3. División de las penas por su duración.....             | 283 |
| V. Modos de conminar las penas .....                      | 284 |
| VI. Individualización de la Pena .....                    | 284 |

#### CAPÍTULO II

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>LAS PENAS EN PARTICULAR</b> .....                             | 287 |
| I. Penas principales .....                                       | 287 |
| 1. Pena de muerte .....                                          | 287 |
| 2. Penas privativas de libertad .....                            | 289 |
| A. Concepto .....                                                | 289 |
| B. Lo que dispone el Código Penal .....                          | 289 |
| C. Ejecución penitenciaria.....                                  | 290 |
| D. Libertad asistida .....                                       | 294 |
| E. Libertad condicional .....                                    | 295 |
| a. Nociones generales .....                                      | 295 |
| b. Requisitos para conceder la libertad condicional .....        | 296 |
| c. Condiciones bajo las que se concede la libertad condicional . | 298 |
| d. Revocación de la libertad condicional .....                   | 299 |
| e. Extinción de la pena .....                                    | 299 |
| F. Condenación condicional .....                                 | 299 |
| a. Concepto .....                                                | 299 |

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| b. Sistemas.....                                          | 300 |
| c. Condiciones respecto de la condena .....               | 301 |
| d. Fundamentos de la decisión .....                       | 301 |
| e. Condiciones que debe cumplir el condenado .....        | 302 |
| f. Cumplimiento de las condiciones .....                  | 303 |
| g. Revocación.....                                        | 303 |
| h. Reiteración del beneficio .....                        | 304 |
| 3. Pena de multa .....                                    | 304 |
| A. Concepto.....                                          | 304 |
| B. Sistema legal de conminación de la multa .....         | 305 |
| C. Individualización judicial de la multa .....           | 307 |
| D. Pago y conversión de la multa .....                    | 307 |
| 4. Pena de inhabilitación .....                           | 308 |
| A. Concepto.....                                          | 308 |
| B. Inhabilitación absoluta .....                          | 310 |
| C. Inhabilitación especial .....                          | 310 |
| D. Rehabilitación .....                                   | 311 |
| II. Penas accesorias .....                                | 313 |
| 1. Concepto .....                                         | 313 |
| 2. Inhabilitación accesoria.....                          | 313 |
| 3. Decomiso de los instrumentos y efectos del delito..... | 313 |
| III. Consecuencias civiles accesorias .....               | 314 |
| IV. Disposiciones registrables .....                      | 315 |

### CAPÍTULO III

|                                                     |            |
|-----------------------------------------------------|------------|
| <b>AGRAVAMIENTO DE LA PENA - REINCIDENCIA .....</b> | <b>317</b> |
| I. Concepto .....                                   | 317        |
| II. La condena anterior .....                       | 318        |
| III. Cumplimiento de la pena .....                  | 318        |
| IV. El nuevo delito .....                           | 319        |
| V. Delitos excluidos .....                          | 319        |
| VI. Prescripción de la pena .....                   | 320        |
| VII. Condición de reincidente .....                 | 320        |
| VIII. Efectos .....                                 | 321        |
| IX. Reclusión accesoria .....                       | 321        |
| A. Concepto .....                                   | 321        |
| B. Procedencia.....                                 | 321        |
| C. Suspensión de la accesoria .....                 | 322        |
| D. Liberación condicional.....                      | 322        |

### CAPÍTULO IV

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| <b>EXTINCIÓN DE LA PENA .....</b> | <b>325</b> |
|-----------------------------------|------------|



## DEL EDITOR

Entre las varias definiciones que evidencian el perfil jurídico y humano de RICARDO C. NUÑEZ, se encuentra la que, como prólogo, formulara en su última obra, *Las Disposiciones Generales del Código Penal*: **“Sería un mal signo si en medio siglo no hubieran variado mis opiniones”**. Esta idea, a la par de lo que significara NUÑEZ para la República, nos llevó a emprender una cuarta edición de su manual, que se propone exponer cuál fué su último pensamiento en lo que a la Parte General del Derecho Penal atañe, sin descuidar, obviamente, las modificaciones legislativas que desde la tercera edición se produjeran. Se trató, al fin de cuentas, de resumir cincuenta años de reflexiones del autor, cuya vigencia, como la de su obra, subsisten.

Bajo estas premisas, se encargó la tarea a los Dres. ROBERTO E. SPINKA y FÉLIX GONZALEZ, quienes con capacidad intelectual y experiencia, han adecuado y actualizado conforme a la realidad legislativa vigente su texto, haciendo gala de un profundo conocimiento de la obra y el pensamiento de su autor.

A diferencia de obras de otros autores que han merecido actualización, en las que es difícil distinguir los originales pensamientos del autor de los de su actualizador, RICARDO C. NUÑEZ aquí, sigue siendo RICARDO C. NUÑEZ.

Y ello es así por cuanto hemos podido comprobar el celo con que los Actualizadores encararon la tarea, claramente expuesta en “*A la Cuarta Edición*”, partiendo desde un punto clave, preciso y consensuado: *el respeto total al pensamiento de Dn. RICARDO C. NUÑEZ*.

Hace ya muchos años somos receptores del deseo de conocer al Dr. R.C. NUÑEZ, por parte de infinidad de estudiantes y jóvenes lectores de sus obras, que nos solicitan la publicación de su imagen. Es por ello que nos hemos permitido incluir en las primeras páginas, una fotografía de él tomada en nuestra editorial, en mayo de 1986, en ocasión de recibir el nombramiento *Doctor Honoris Causa*, otorgado por primera vez por la Universidad Nacional de La Plata.

Cumplimos así parte del compromiso que completaremos próximamente con la Parte Especial de este *Manual*. Porque en lo que respecta a **Marcos**



**Lerner Editora Córdoba**, todas las obras de R.C. NUÑEZ seguirán vigentes (adecuaciones y/o actualizaciones mediante), como vigentes a través del tiempo siguen nuestro respeto y agradecimiento a quien fuera en vida, un maestro y dilecto amigo.

Marzo de 1999

*Federico Lerner*  
*Marcos Lerner Editora Córdoba*

## A LA CUARTA EDICIÓN

A más de un año de la desaparición física del Profesor RICARDO C. NUÑEZ, su editor y amigo, FEDERICO LERNER, a manera de homenaje, decidió producir una nueva edición de su *Manual*, Parte General, emprendimiento que, por otro lado, dada la difundida utilización como texto de estudio de la obra, resultaba plenamente justificado, porque las reformas legislativas operadas en los últimos años produjeron en ella un cierto desfasaje. Por tal razón y en el pleno convencimiento -que compartimos- que aún así el *Manual* sigue conservando el nivel de excelencia que lo caracterizó, se procedió a actualizarlo, aunque sobre esto conviene una aclaración.

El trabajo realizado sólo puede ser considerado una actualización en muy limitada medida. Lo es, en cuanto se trataron disposiciones que RICARDO C. NUÑEZ no alcanzó a considerar, como las leyes 22.278 y sus modificatorias, 23.968, 24.316, 24.660 y 24.767. Estas leyes, junto a las disposiciones constitucionales pertinentes que resultaron de la reforma de 1994, se analizaron en la medida que NUÑEZ concibió propia de un *Manual*, representando todo ello, en verdad, una parte mínima de la nueva edición, porque todo lo demás que se modificó en relación a la tercera edición, no nos pertenece, sino que proviene del propio autor. En ese sentido, más que *actualizar*, procuramos *adecuar* el *Manual* al último pensamiento de NUÑEZ, expuesto integral y sistemáticamente en *Las Disposiciones Generales del Código Penal*, respondiendo la mayoría de las modificaciones del texto a las ideas que expusiera en esta última obra, sea porque implicaron un cambio de posición o bien porque se precisaron o ampliaron sus ideas.

Las modificaciones introducidas, respetando la voluntad del autor plasmada en el contrato de actualización suscripto con la editorial, son fácilmente advertibles para el lector por expresarse en un tipo de letra distinto: el texto originario, se expresa en letra *blanca*; las modificaciones, en **negrita**. Por otro lado, además de actualizar alguna jurisprudencia, nos pareció conveniente complementar la tarea con otros trabajos de singular riqueza de NUÑEZ, publicados en su sentido *Semanario Jurídico*, en los *Opúsculos de*

*Derecho Penal y Criminología* que él creara, o en la prestigiosa *Doctrina Penal*, que fueron “rescatados” fundamentalmente a través de notas al pie de página.

De esta manera, como se podrá apreciar, si de alguna actualización pudiera hablarse, ella corresponde, en esencia, al Profesor NUÑEZ, siéndonos atribuible, en todo caso, una sencilla y limitada tarea, en muchos tramos, rayana con lo material.

Córdoba, marzo de 1999

**R.E. Spinka - F. Gonzalez**

## ABREVIATURAS USADAS

**BELING -Ernst von. BELING**, *Esquema de derecho penal*, Traducción del alemán por el Dr. SEBASTIÁN SOLER, Depalma, Buenos Aires, 1944.

**FONTÁN BALESTRA - CARLOS FONTÁN BALESTRA**, *Tratado de derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, ts. I, II y III.

**HIPPEL**, *Manuale* - **ROBERTO V. HIPPEL**, *Manuale di diritto penale*, Traduzione italiana del Giudice Roberto Vozi, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1936.

**JESCHECK - HANS-HEINRICH JESCHECK**, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil*, Ed. Duncker y Humblot, Berlin 1969, Traducciones del Dr. Conrado A. Finzi.

**JIMÉNEZ DE ASÚA - LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA**, *Tratado de derecho penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, t. I, 1ª ed.; t. II, 2ª ed.; t. 3, 2ª ed.; t. IV, 1952; t. V, 1956; t. VI, 1962; t. VII, 1970.

**V LISZT -FRANZ VON LISZT**, *Tratado de derecho penal*, Traducción de la 20ª ed. alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, t. II, Segunda edición, Madrid, Editorial Reus, 1927.

**MAURACH - REINBART MAURACH**, *Tratado de derecho penal*, Traducción y notas de derecho español por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, ts. I y II.

**MEZGER**, *Libro de estudio* -**EDMUNDO MEZGER**, *Derecho penal*, Parte general. Libro de estudio. Traducción de la 6ª edición alemana (1965) por el Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1958.

**MEZGER - EDMUNDO MEZGER**, *Tratado de derecho penal*, Segunda edición revisada y puesta al día por Arturo Rodríguez Muñoz, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. I, 1946; t. II, 1949.

**NUÑEZ - RICARDO C. NUÑEZ**, *Derecho penal argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I, 1959; t. II, 1960; t. III, 1962; t. IV, 1964; t. V, 1967; t. VI, 1971 (Lerner ediciones).

**SOLER -SEBASTIÁN SOLER**, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, ts. I y II, 4ª ed., 1970.

**WELZEL - HANS WELZEL**, *Derecho penal alemán, Parte general*, 11ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

- La Ley** - Revista Jurídica La Ley.
- J. A.** - Jurisprudencia Argentina.
- C.C.** - Código Civil.
- C. de Córdoba** - Constitución de la Provincia de Córdoba, 1923.
- C.N.** - Constitución Nacional.
- C.P.** - Código Penal.
- C. P. P.** - Código Procesal Penal

Primera Parte

**PRINCIPIOS GENERALES**



## Capítulo I **DERECHO PENAL**

### *I. Denominación*

Los clásicos italianos de la escuela toscana del siglo XIX (CARMIGNANI, CARRARA, MORI) y los franceses del siglo XVIII (JOUSSE, TRÉBUTIEN, RAUTER), denominaban *derecho criminal* a la legislación y teoría relativas a los delitos y sus penas. Esa había sido la denominación utilizada por los prácticos. Pero, en los siglos XVIII y XIX, otros clásicos italianos (PESSINA, ROMAGNOSI), españoles (PACHECO, SILVELA), franceses (ROSSI, PASTORET) y alemanes (FEUERBACH) lo llamaban *derecho penal*. Nuestro clásico CARLOS TEJEDOR intituló su *libro Curso de derecho criminal*. En el corriente siglo, predomina la denominación *derecho penal*, que es la que se usa ahora en el país<sup>1</sup>. Otras denominaciones han tenido poco éxito<sup>2</sup>.

### *II. Concepto*

El *derecho penal* es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado.

El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Estas no se agotan hoy en las penas, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo del delincuente. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia, agregando a las *penas*, las *medidas de seguridad*, también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial.

<sup>1</sup> NUÑEZ, I, 7; FONTÁN BALESTRA, I, 27.

<sup>2</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 24/5.



De esa manera, el derecho penal, como tarea legislativa, ya no se limita a asociar al delito consecuencias esencialmente represivas, sino, también, consecuencias exclusivamente preventivas<sup>3</sup>. Es así como, en relación a su misión, en el derecho penal ya no predomina el “monismo”, sino el “binarismo”<sup>4</sup>.

### III. Caracteres

El derecho penal es *derecho público*. Su fuente exclusiva es el Estado. Las reglas disciplinarias de los entes privados no son derecho penal. El derecho penal no regula las relaciones de los individuos entre sí, sino las de éstos con el Estado.

Como que es derecho, el derecho penal:

1º) es *normativo*: no enuncia leyes de la necesidad natural o causal, sino leyes de lo que debe ser, que presuponen su incumplimiento; no es un medio para conocer la realidad social, sino para regularla;

2º) es *valorativo*: se estructura por apreciaciones de valor social sobre lo punible y sus consecuencias eficaces y justas; y

3º) es *finalista*: persigue la tranquilidad y la seguridad sociales mediante la protección de los individuos y de la sociedad.

### IV. Fin social

Desde el punto de vista del *fin social* de la protección, el derecho penal, puede ser individualista o socialista.

El derecho penal es *individualista* si el sentido predominante de su protección es el resguardo de los intereses de las personas como tales y como miembros de la sociedad. El valor supremo es la seguridad de la persona, de sus derechos individuales y sociales. Estos son los intereses vitales o bienes jurídicos objeto de la protección penal. El C.P. argentino es individualista.

La finalidad del derecho penal es socialista si, a los efectos de su protección, el valor supremo está representado por los intereses de la colectividad. Son esos intereses los que determinan cuáles bienes de las personas merecen protección y en qué medida se la debe realizar. El socialismo marxista, particularmente el comunismo, pone su tónica en la protección de la clase proletaria, de los instrumentos de trabajo y producción y de las relaciones de esta índole.

### V. Fin político

*Políticamente*, el derecho penal puede tener una finalidad liberal o autoritaria.

<sup>3</sup> Cfme. SOLER, I, 25.

<sup>4</sup> Sobre las distintas definiciones del derecho penal, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 25.

El derecho penal es liberal si representa un sistema de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Supone por un lado, la exclusión del castigo de las ideas y sentimientos, los cuales corresponden al fuero privado de los individuos, que está exento de la autoridad de los magistrados (C.N., 19).

El derecho penal liberal no tiene un objetivo ético, de dirección de las conciencias y voluntades.

El derecho penal liberal supone, por otro lado, la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*. Este principio excluye la imputación criminal y el castigo al margen de los delitos definidos y reprimidos por la ley. En su esfera, la única fuente del derecho penal es la ley previa al hecho cometido. De esta manera, el derecho penal cumple una función de garantía para los gobernados frente a los gobernantes.

El derecho penal liberal se traduce, procesalmente, en la exigencia del debido proceso judicial como presupuesto de la condena.

El derecho penal argentino debe ser sustancial y procesalmente liberal (C.N., 18). Puede ser compatible con un derecho penal sustancialmente individualista o socialista, aunque el marxismo lo resista como resabio liberal.

El derecho penal es autoritario si el objeto de la protección penal no son los intereses de los individuos, sino los deberes de éstos con el Estado. Para garantizar estos deberes con toda amplitud, prescinde del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*. Por consiguiente, según el autoritarismo, la ley no es la única fuente del derecho penal, sino que los delitos y las penas pueden deducirse por analogía. El derecho penal deja de tener una función de garantía para los gobernados y se convierte en una seguridad para la represión conveniente para el gobernante. En este derecho penal aparecen como valores supremos, que encuentran una proficua fuente en la analogía, delitos tales como los contrarevolucionarios o los contra la seguridad del Estado o la economía o la raza u otros ingredientes del absolutismo estatal. El autoritarismo le asigna a la represión un fin ético y seleccionador.

## VI. Carácter sancionatorio

Se dice que el derecho penal no es autónomo, sino accesorio de otras ramas jurídicas. Su única misión sería la de sancionar la violación de intereses reconocidos por otras ramas del derecho<sup>5</sup>. Lo real es que, si bien, el derecho penal está sometido al principio de la unidad del sistema jurídico positivo, que excluye contradicciones entre sus distintas ramas respecto de la juridicidad o antijuricidad de los hechos, goza de autonomía para configurar y castigar delitos sin necesidad de la existencia de especiales regulaciones prohibitivas de los otros sectores del derecho<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 34; SOLER, I, 32.

<sup>6</sup> NUÑEZ, I, 39.

## VII. Complementación jurídica del Derecho Penal

### 1. Concepto

El derecho penal existe como un sistema de normas abstractas que, sin necesidad de la ocurrencia de un caso delictivo, puede ser interpretado, pero no tiene, en sí mismo, la posibilidad de realizarse prácticamente. Para hacerlo, necesita del derecho procesal penal y del derecho de ejecución penal. El derecho penal establece qué es lo que debe hacerse con el responsable de haber cometido un delito, pero son el derecho procesal penal y el derecho de ejecución penal los que dicen cómo se debe proceder para hacer efectivo el precepto penal.

### 2. Derecho Procesal Penal

El derecho penal no le toca al delincuente ni un pelo (BELING). El *derecho procesal penal* es el primer y necesario complemento para aplicarlo. Él regula el juicio penal, esto es los procedimientos para declarar que una persona es responsable de un delito y castigarla como tal y, si es el caso, someterla a medidas de seguridad.

El *derecho procesal penal* hace parte del derecho público. Sus garantías residen en su judicialidad y en el debido proceso: acusación, prueba, defensa y sentencia fundadas en ley (C.N., 18)<sup>6 bis</sup>. En tanto que el derecho penal corresponde al derecho sustantivo o de fondo, el derecho procesal penal es un derecho adjetivo o de forma. Es, por consiguiente, un derecho accesorio que no tiene otro objeto que la realización del derecho penal.

### 3. Derecho Penitenciario

La imposición de la pena al delincuente hecha en la sentencia, no implica ya el término de la tarea tendiente a la aplicación del derecho penal. La sentencia penal de condena es sólo declarativa, no ejecutiva. Debe ejecutarse, y esto está a cargo del *derecho de ejecución penal*. El *Derecho Penitenciario* es, sin lugar a dudas, la parte más importante del derecho de ejecución penal. Es este derecho el que regula, como etapa final, la efectiva realización del derecho penal.

<sup>6 bis</sup> Frente a una acusación penal, el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada desde 1994 a la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22º, establece como garantías judiciales, entre otras: el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley; el principio de inocencia; el derecho a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete; la comunicación previa y detallada de la acusación; la concesión del tiempo y medios adecuados para la defensa; el derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor a elección, o a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado y el de comunicarse con el defensor libre y privadamente; el derecho a no ser obligado a declararse culpable; el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior; la confesión es válida si es hecha libre de cualquier coacción; la imposibilidad de someter a nuevo juicio por los mismos hechos a quien ha sido absuelto.

## VIII. El Derecho Penal y las ciencias auxiliares

### 1. La Relación existente

Fue un error pensar que mientras se definiera el delito como una violación al derecho y no como un hecho concreto, determinado por causas, no sería posible aplicar los métodos científicos criminológicos<sup>7</sup>. Esa idea implicaba confundir el delito como institución estructurada y reglamentada por la ley penal, con el delito como fenómeno patológico individual y social. Lo que era necesario admitir para la provechosa aplicación de esos métodos, no era una confusión entre la naturaleza normativa del derecho penal y la naturaleza de esas ciencias naturales, sino un auxilio de éstas para aquél.

El derecho penal legislativo no surge de la nada, ni representa una doctrina pura del derecho penal al servicio de un orden social determinado, sea un orden nacional (*derecho penal nacional*) o internacional (*derecho penal internacional*).

Para cumplir su misión, el derecho penal no puede prescindir del auxilio de otras ciencias cuyos objetos son el delito como fenómeno patológico individual y social y la política social aconsejable frente a él, instrumentable en la ley penal. Estos dos grandes sectores del saber auxiliar del derecho penal pueden comprenderse bajo dos denominaciones: *la criminología y la política criminal*.

### 2. La Criminología

La *criminología* no representa, en sí misma, una ciencia autónoma, porque los múltiples aspectos del delito que deberá estudiar como "ciencia de la criminalidad" (GARÓFALO) o "ciencia del delito" (INGENIEROS), no permiten un método único de investigación, necesario, a la par de la unidad del objeto (delito), para que una disciplina constituya una ciencia<sup>8</sup>.

La *criminología*, como disciplina auxiliar del derecho penal, tiene un múltiple contenido científico. Para el conocimiento del crimen o delito como fenómeno natural, que constituye el objeto de la criminología, ésta cuenta con el aporte de las ciencias criminológicas y de las respectivas disciplinas o ciencias auxiliares de ellas, a saber: por un lado, la *antropología criminal*, que se ocupa del delito como manifestación somática o psicológica individual; y, por otro lado, la *sociología criminal*, que tiene por objeto el delito como fenómeno social.

La condición de la criminología de ser auxiliar del derecho penal, no implica que sólo deba ocuparse de los hechos que éste considere como deli-

<sup>7</sup> INGENIEROS, *Criminología*, 1913, cap. III.

<sup>8</sup> Esto se discute LA PLAZA, *Objeto y método de la criminología*, Bs. As., 1954; VASALLI, *Revista de ciencias penales* (Chile), 1960, n° 1, p. 3. Le niega importancia a la cuestión, NEUMAN, *Las penas de un penalista*, Ed. Lerner, Bs. As., 1976, p. 64.

tos. La idea de que el objeto de conocimiento de las ciencias criminológicas está delimitado por la previa valoración jurídica, porque el delito es, ante todo, un concepto jurídico (EXNER), olvida que el auxilio de la criminología al derecho penal no se traduce en valoraciones y calificaciones de los fenómenos individuales y sociales, así sea como delitos naturales, sino en su determinación causal, descriptiva y funcional, quedando a cargo del legislador penal su valoración político-criminal.

El auxilio de la criminología al derecho penal se manifiesta, así, por una parte, en el conocimiento, a los efectos de su apreciación normativa por el legislador, de realidades operantes en el ámbito de los intereses de una sociedad; y, por otra parte, en la cooperación para el conocimiento de las realidades ya captadas por las normas represivas. Es secundario que, en razón del primer tipo de auxilio, se pueda discutir el carácter criminal de la ciencia que lo proporciona<sup>8 bis</sup>.

### 3. La Política Criminal

El material que las ciencias criminológicas le proporcionan para su estudio al legislador penal, resulta mejor aprovechado mediante el auxilio de la política criminal. Ésta, que recibió un verdadero impulso a través de la Unión Internacional de Derecho Penal (1889), por obra de VON LISZT, PRINS y VON HAMEL, y cuya tarea ha sido concebida de maneras diferentes<sup>9</sup>, no se mueve en el campo de la prevención del delito, propio de la política social, ni en el de su descubrimiento, que corresponde a la criminalística, utilizada en especial por la investigación policial.

La política criminal tiene por finalidad adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito, mediante la configuración del elenco de los delitos, las penas y las medidas de seguridad y las reglas que los rigen, así como el mejoramiento del procedimiento penal y de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad y corrección. A estos efectos, la *política criminal*, haciendo un examen crítico de la legislación vigente, aprovecha para mejorarla, los datos de la criminología y de todos aquellos aportes que, como los de la jurisprudencia y doctrina penales, de la experiencia carcelaria, de la política social, de la técnica legislativa, etc., considera útiles para cumplir su misión.

## IX. Fuentes del Derecho Penal actual

El estudio de las legislaciones penales antiguas puede hacerse, en sí mismas o comparativamente, como aportes al derecho ulterior. Aquí se trata de una reseña desde este punto de vista.

<sup>8 bis</sup> Sobre la criminología interaccionista, una breve reflexión, en NUÑEZ, *Dos exponentes y dos pensamientos*, Semanario Jurídico n° 559 del 15/8/85.

<sup>9</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, I, n° 33. Sobre la no inclusión de la política criminal en la criminología, VASALLI, ob. cit., p. 16.

Las instituciones penales modernas tienen en no poca medida su fuente en el derecho romano, germánico y canónico.

### 1. *Derecho Penal Romano*<sup>10</sup>

Si bien el derecho penal romano no estuvo ordenado en forma sistemática, en él se encuentra un gran número de instituciones receptadas o desenvueltas por el derecho penal moderno. Su examen, a la luz de la mejor enseñanza, demuestra que no son las materias del derecho penal aquellas de las cuales el derecho romano no proporciona precedentes.

El derecho penal romano señala como fundamento de la pena, la *vengeza*, la *retribución* o la *defensa de la disciplina pública*. Conoce tanto el *delito de comisión* como el de *omisión*; el *delito permanente* o *sucesivo* y el *transitorio* o *instantáneo*.

Diferencia el delito permanente del *concurso de delitos*. En éste, distingue el caso del que, con acciones diversas, lesiona el orden jurídico o con la misma acción ofende normas diversas y viola derechos (*concurso material*), del caso en que la misma acción considerada ofensiva de la misma norma, es contemplada en diferentes disposiciones legislativas (*concurso formal*).

Sólo admite como *autor responsable* del delito al hombre, varón o mujer, capaz (maduro y sano de mente) y *culpable* (dolo)<sup>11</sup>. El *dolo* es compatible sólo con la intención directa. No basta la posibilidad de prever el resultado delictivo (*dolo eventual*). Lo que está fuera de la intención pertenece al *casus*, por el que no se responde.

Excusan la *ignorancia* y el *error de hecho* sobre una circunstancia constitutiva del delito. Se discute sobre si la ignorancia y el *error de derecho* sirven de excusa. En general, en contra de BINDING, que opina en sentido contrario porque considera que el dolo se integra por la *scientia iuris*, se piensa que la ignorancia y el error de derecho no excusan.

Conoce el principio de la coacción por la prepotencia humana o por causas naturales.

No ignora las *causas de justificación del delito*. Se ocupa de la *defensa necesaria*, que extiende a los familiares y al patrón; del *estado de necesidad* y de la *obediencia debida*.

No castiga la sola voluntad delictiva, sino el hecho delictivo voluntario. Castiga la consumación del hecho definido como delito y no su *tentativa*. No implica el castigo de ésta, el castigo como delitos consumados, de hechos

<sup>10</sup> Bibliografía: FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1889; id. Enciclopedia PESSINA, t. I, p. 3; MOMMSEN, *El derecho penal romano*, Madrid; BINDING, *Compendio di diritto penale*, Roma, 1927, p. 16. Un valioso resumen en v. HIPPEL, *Manuale*, 17.

<sup>11</sup> La culpa originaba medidas administrativas y de policía. Después de Adriano se llegó a castigar algunos casos graves de culpa. Ya se discutía si la preterintención responsabilizaba por homicidio.

materialmente imperfectos, preparatorios de un objetivo ulterior, por ejemplo, el castigo como delitos contra la paz doméstica, del acopio de armas o de actos preparatorios del hurto; o el castigo como homicidio, de actos preparatorios del homicidio por robo.

Conoce la *participación criminal*. Distingue los que toman parte directa en la consumación (*coautores, socii*), el que incita al delito o lo *aconseja* (*instigador, auctor*) y el auxiliador (*minister*), pero no los castiga de manera desigual.

Por regla, la pena es personal, sólo excepcionalmente se traslada a los familiares (penas pecuniarias y contra el honor). Distingue la pena de la sanción de policía. Particularmente en los primeros tiempos, distingue la pena privada de la pública. Aquélla es una regulación de la venganza privada (*addictio*, talión, composición). La pena pública puede ser *capital* (de muerte o que, por ser privativa del *status libertatis* o del *status civitatis*, produce una *capitis diminutio maxima o media*) *no capital*. Esta, a su vez, puede ser *afflictiva* (mutilación y flagelación), *restrictiva de la libertad* (trabajos forzados, relegación, cárcel, arresto), o *patrimonial* (confiscación de los bienes, decomiso o confiscación de objetos determinados, penas pecuniarias) o *infamante* (incapacidades, deshonores).

El derecho penal romano no ignora las *circunstancias agravantes y atenuantes de la pena*, ni el principio de la reincidencia, así como las *causas de la extinción de la pena*. Ésta se extingue por su expiación, por la muerte del condenado (pero las penas pecuniarias y las confiscaciones se ejecutan sobre su patrimonio y a veces ciertas prohibiciones subsisten respecto de su cadáver). La *amnistía* extingue el delito y su pena, y la gracia, sólo la pena, total o parcialmente. Admite, también, causas extintivas de la acción penal o proceso. La muerte no produce siempre ese efecto (así sucede en el *perduellio*, el *crimen repetundarum*, el *peculatus*, etc.). La expresión *extinguitur crimen mortalitate* sólo significa que no se puede iniciar *ex novo* un juicio penal contra el difunto. En las XII Tablas, la composición pecuniaria extingue las acciones penales privadas por injuria y hurto. Sólo detienen la acción sin extinguirla, el derecho de asilo y la *abolitio privata* (por muerte, impedimento o desistimiento del acusador) o *pública* (por razones políticas, festividades o solemnidades).

El derecho penal romano desenvuelve principios sobre la eficacia de la ley penal en razón de las personas y el lugar.

Castiga, entre otros delitos, el hurto, la injuria, el daño al patrimonio de los particulares, entre los que está el incendio; la violación de sepulcros (daños a las cosas religiosas), el daño a las cosas públicas y los delitos sexuales; entre los delitos públicos están el *perduellio* y el *crimen maiestatis* (delitos contra el Estado), los delitos de religión, los contra las buenas costumbres, el *crimen vis*, el homicidio, las falsedades, el *crimen pecuniarum repetundarum* (aceptación de dádivas y exacciones cometidas por los funcionarios públi-

cos), el *peculatus* (*furtum publicae pecuniae*), el *ambitus* (fraude electoral) y el plagio (robo de hombre).

## 2. Derecho Penal Germánico<sup>12</sup>

El derecho penal germánico ha influido, en mucha menor medida que el romano, en la estructuración del derecho penal actual en cuanto toca a nuestras instituciones criminales, pues las fuentes germanas, de tanta importancia para el derecho penal del Imperio Alemán, sólo se manifiestan en nuestros precedentes en la medida en que, a través del Código penal de Baviera de 1813, trascendieron al proyecto Tejedor.

Las fuentes del derecho penal germánico son el antiguo derecho germánico, comprendidas las leyes populares (*Volksrechte*); la Carolina u Ordenanza para los juicios capitales, redactadas por SCHWARSEMBERG para el Obispado de Bamberg (*Bambergensis*, año 1507), aplicable luego a los países francos (*Brandenburgica*, *Brandenburgensis*, 1516), finalmente elevada a la categoría de ley del Imperio (*Peinliche Gerichtsordnung Karls V*, 1532), y el Derecho Penal Alemán Común (*Gemeines deutsches Strafrecht*)<sup>13</sup>.

El desenvolvimiento progresivo del derecho penal de la época germana, se manifiesta fundamentalmente en la época franca por la institución de la Faída o venganza de sangre. Ésta -o la Busse o enmienda, en caso de renunciarse aquélla- rige la represión fuera del ámbito familiar y de la Sippe, que está sometido a la potestad punitiva de su jefe.

En el derecho penal germánico prepondera el *elemento objetivo*, esto es, el daño. Sólo después, cuando se le fue dando importancia al *elemento subjetivo*, las fuentes llegan a usar términos que distinguen los delitos voluntarios de los involuntarios. Si bien las leyes, por regla, no distinguen entre la culpa y el caso, para ciertos delitos exigen *culpa* o *dolo*. La *preterintencionalidad* se equipara a la voluntad del hecho.

Siendo el daño el fundamento de lo antijurídico, la *tentativa* no se castiga, aunque, como en el derecho romano, se castigase como delito perfecto la tentativa de ciertos hechos.

El derecho penal germánico, precisamente por atender al principio de la causalidad material del delito, reprime con la misma pena a todos los partícipes.

La instigación (*consilium*, *expositio*, *elocati*), reconocida excepcionalmente en el derecho más antiguo, comenzó a tener más amplia elaboración cuando

<sup>12</sup> Extensamente sobre el derecho penal germánico, DEL GIÚDICE, *Enciclopedia Pessina*, t. I, p. 431. Un resumen con variaciones respecto de la parte general, v. HIPPEL, *Manuale*, parág. 8 y ss.

<sup>13</sup> FLORIÁN, *Parte generale del diritto penale*, t. I, 1934, p. 127; MAURACH, I, parág. 4. Sobre la Carolina, v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925, p. 175.



debió reconocerse que el delito del siervo no era siempre un delito del patrón, sino que era un delito propio suyo, pues el siervo podía obedecer o no la orden o consejo de aquél.

Más fácil desenvolvimiento tuvo la participación consistente en el *auxilio*, lo que se explica porque la responsabilidad por actos materialmente vinculados con el delito se adaptaba más al objetivismo del derecho penal germánico, que la responsabilidad fundada en una vinculación intelectual (*instigación*). La reunión de personas con fines delictivos constituye la *banda* (*contubernius, colluta*), que requiere una vinculación jerárquica (jefe y secuaces) entre un número mínimo de personas. El *favorecimiento* es considerado una figura distinta de la complicidad, pero, por lo general, es tratado con la misma severidad que la autoría.

En materia de *concurso de delitos*, en lo que a su castigo atañe, el derecho penal germánico sigue tanto el sistema de la absorción de una pena por otra, como el del cúmulo de las penas. El primero prevalece en las causas de pérdida de la paz, de bando o, en general, de causas capitales. El cúmulo se aplica preferentemente en las causas de composición.

El sentido objetivo de la responsabilidad penal que prevaleció por largo tiempo en el derecho penal germánico, no favoreció un razonable reconocimiento de las *causas personales eximentes, atenuantes o agravantes de la pena*. Cuando se llegó a distinguir los hechos involuntarios de los voluntarios, *el delito de los menores* se consideró involuntario. Algunas leyes fijan esa edad en doce años. Otras, distinguen el delito de la mujer del cometido por el varón, pero no siempre para favorecerla. La *demencia* es admitida como causa minorante (derecho nórdico) o causa de inimputabilidad (derecho longobardo). La condición política o social del autor y de la víctima tenía influencia sobre la pena.

Como causas de *justificación*, el derecho penal germánico conoció la *legítima defensa* (de la vida, bienes u honor del autor) y la *obediencia debida* (del siervo y del súbdito al patrón y al rey).

El derecho penal germánico admite *penas capitales* porque su efecto inmediato o mediato, seguro o eventual, es la pérdida de la vida. Son tales la privación de la paz, el bando y la muerte. Conoce, también, *penas corporales*, que son mutilantes o aflictivas (éstas consisten en otras mortificaciones corporales); penas restrictivas de la libertad, representadas por la sujeción al ofendido o a sus parientes, el exilio y la cárcel; penas pecuniarias, como el *Wegeld*, que es el rescate de sangre o composición del valor de las lesiones mortales o causantes de la pérdida de otros bienes equivalentes a un hombre libre; el *Friedensgeld* o *Fredus* o *Freduna*, que es el precio de la paz; el *Baunus*, que representa un sustitutivo en el derecho regio del *Friedensgeld*, que tiene su raíz en el derecho popular.

El derecho Penal germánico castiga el homicidio, las lesiones corporales, el hurto, la rapiña, la apropiación indebida, la injuria verbal o real, la fornica-

ción, el estupro, el adulterio, el incesto, el rapto, el incendio, la brujería, el perjurio, el sacrilegio, la idolatría, la apostasía, la herejía, la traición y la lesa majestad.

### 3. Derecho Penal Canónico<sup>14</sup>

El *Corpus Juris Canonici* está receptado, aunque no de modo exhaustivo, por el derecho penal de la Iglesia. El *Corpus* recogió lo legislado hasta el siglo XIV en el *Decretum Gratiani* (1140), las *Decretales* de Gregorio IX (1232), el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (1298) y las Constituciones de Clemente V (*Clementinae*, 1313). Quedaron al margen los *Libri poenitentiales*.

La Iglesia, que fundó su derecho de castigar en la delegación divina de la venganza contra los malhechores, distinguió a los fines del castigo, el pecado y el delito, aunque a éste lo consideró con marcada preponderancia del factor interno y, consecuentemente, puso como finalidad de la pena la enmienda del reo mediante la penitencia representada por aquélla. El subjetivismo del derecho penal canónico contrasta con el objetivismo del derecho penal germánico.

La influencia de la Iglesia sobre el derecho penal se explica por la jurisdicción sobre los laicos de que gozó, especialmente en la Edad Media.

El derecho penal de la Iglesia adquirió gran importancia laica como la caída del reino de los Franco y el mayor poder del Papado con Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III.

Primero, mediante los juicios sinodiales, la Iglesia procedía de oficio, incluso contra los más graves delitos civiles. Posteriormente, lo hizo mediante el proceso inquisitorio canónico.

Además de su importancia en lo que atañe al elemento subjetivo del delito, el derecho penal canónico la tuvo en relación a la distinción del derecho y de la moral, así como a la clasificación de los delitos y de las penas. La Iglesia ejerció una influencia benigna respecto de la represión, combatiendo con la tregua de Dios las violencias y la faida, y ofreciendo protección con el derecho de asilo. La tesis cristiana de la humanidad, tendió a excluir las diferencias sociales como razón para castigar de manera distinta. Su influencia en el derecho penal común persistió en forma preponderante hasta el advenimiento del iluminismo.

Distingue los delitos:

a) en *delicta ecclesiastico*, que ofenden el derecho divino, son de la competencia de la Iglesia y se castigan con las *poenitentiae* (herejía, cisma, apostasía, simonía):

b) en *delicta mere seculari*, que lesionan el orden humano, son reprimidos por el poder laico con verdaderas penas y por la Iglesia con *poene medicinales* indeterminadas y que terminan sólo con la enmienda del culpable; y

<sup>14</sup> SCHIAPPOLI, *Enciclopedia Pessina*, vol. I, ps. 613 y ss.

c) en *delicta mixta*, castigables por el poder laico y por la Iglesia, con *poene vindicativae*. Son, en particular, los delitos contra el matrimonio y la moral, las magias, el falso juramento, la falsificación y otros.

El derecho penal canónico reconoce como *sujeto activo del delito* al hombre. Los *procesos contra animales*, que están a cargo de la Iglesia, no significan reconocerlos como sujetos capaces de delinquir, sino que implican una especie de execración o maldición tendiente a prevenir futuros daños por parte del animal.

Empero, para el derecho penal canónico la pena no tiene siempre carácter personal, pues a veces afecta a los difuntos y a los parientes inocentes del reo. También admite la responsabilidad penal de las corporaciones y de los entes colectivos. La reacción contra esta tesis, a la que no le puso fin, fue una obra principal del que luego fue Papa Inocencio IV, para quien, siendo la *universitas* una ficción, un *nomen iuris*, sin existencia real, no puede actuar por sí.

Para el derecho penal canónico, la intención criminal, que es esencial, presupone el discernimiento, esto es, la voluntad libre y la conciencia del hecho cometido. El que no puede discernir no tiene *capacidad delictiva*. Carecen de ella los locos, los privados de conciencia (por fiebre violenta, sueño, sonambulismo, ira, intenso dolor), los menores de siete años (infantes). La capacidad de los púberes (14 años los varones y 12 las mujeres) depende de las circunstancias.

El derecho penal canónico distingue el dolo. Este existe cuando el agente, con ánimo deliberado, realiza una acción para cometer el delito (*animus, malum studium*) o según su previsión debe o no producir ese efecto (*sciens, scienter*). Este dolo no se distinguió claramente de la culpa. A veces, el tipo delictivo se integra con un elemento subjetivo (*animus occidendi, animus lucri faciendi*).

La culpa consiste, en sentido objetivo, en la relación entre la conducta del agente y un resultado no querido, pero que había debido y podido evitar (*negligentia*). En sentido subjetivo, significaba una ignorancia reprochable de los efectos dañosos de una acción u omisión (*imperitia, ignorantia*).

Excusan la ignorancia y el error de hecho sobre los elementos esenciales del delito. Ellos atenúan si recaen sobre circunstancias agravantes o que cambian la especie delictiva. Pero la regla tiene excepciones. La ignorancia y el error de derecho no excusan, aunque atenúan. También excusa la violencia moral (*vis compulsiva*). *Coactus, tamen voluit*.

El derecho penal canónico se rige por el *principio cogitationis poenam nemo patitur*. La idea de que el derecho canónico castiga la simple intención criminal, sólo resulta de no haberse distinguido el delito del pecado. El derecho penal canónico no tiene una regla general sobre la *tentativa*, y únicamente registra casos muy especiales en los cuales se la castiga.

El derecho penal canónico se ocupa de la participación criminal. Esta supone una cooperación activa. La cooperación por conductas negativas es un pecado. La participación es intencional. Por regla, la misma pena del autor es aplicable a los otros partícipes, pues lo que preferentemente se considera es la intención criminal que los guiaba. Como formas de la participación criminal, el derecho penal canónico, admite la instigación, la complicidad, la ratificación de un delito ya cometido por otro (equiparada al mandato) y el favorecimiento.

El derecho penal canónico admite como *causas eximentes*, la *defensa necesaria*, el *estado de necesidad*, el *mandato del superior* o la *orden impartida por quien tiene derecho a ser obedecido* y la *violencia física (vis absoluta)*.

En el derecho penal canónico existe un *concursum delictorum* si con una o varias acciones se consuman varias lesiones jurídicas. El concurso es *ideal* o *formal* si con una acción se violan leyes distintas o diversas del mismo género o de la misma especie. Existe *concurso real* o *material* si una acción viola una ley que contiene varios delitos o si existen varias acciones resultantes de decisiones voluntarias autónomas, esto es, existentes por sí mismas, sin relación o vinculación entre ellas, aunque sean de la misma especie o dirigidas contra la misma persona o cosa o violen la misma disposición legal. En ambos casos, rige el principio de que el delincuente debe ser castigado tantas veces como veces delinque (*quot delicta, tot poenae*). La acción es considerada como única y, por lo tanto, único el delito, si el delito es *continuado*, *colectivo* o *permanente*.

El derecho penal canónico admite *circunstancias atenuantes y agravantes* de la pena, y aunque no registra una teoría general de la reincidencia, la reconoce como agravante.

La *materia de las penas* es susceptible de una muy amplia consideración en el derecho canónico, pero nos limitaremos a señalar que la legislación y la doctrina han distinguido las penas eclesiásticas en *espirituales* (que alcanzan al culpable en sus bienes espirituales y en sus derechos eclesiásticos, comprendidos los de estado y oficio) y *temporales* (privativas de los bienes jurídicos de orden temporal, que alcanzan al culpable en su vida, cuerpo, patrimonio o libertad). A veces, las penas se distinguen en espirituales y corporales, o en espirituales, corporales y pecuniarias.

El derecho canónico no le reconoce efecto extintivo de la pena, ni a la *prescripción* ni al *arrepentimiento*, aunque sea activo. La *muerte del reo* no extingue siempre la pena. No extingue, por ejemplo, la negativa de la sepultura al suicida, y el cumplimiento de la penitencia impuesta al culpable, pasa a sus herederos.

El derecho penal canónico castiga delitos contra la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor y la propiedad y delitos de falsedad, así como la falsificación de documentos, de decretos pontificios, de moneda, de pesas y

medidas y la suposición de parto, la calumnia, el prevaricato y la corrupción de funcionarios. Prevé delitos contra los intereses jerárquicos de la Iglesia y faltas disciplinarias de los clérigos.

#### 4. La influencia de la ilustración en el Derecho Penal

La Ilustración -el Iluminismo de los italianos o el Aufklärung de los alemanes- que como dirección filosófica se caracteriza por su empeño en extender la crítica y la guía de la razón a todos los campos de la experiencia humana<sup>15</sup>, tuvo profunda influencia en el derecho penal. A ella se debe que el derecho penal se convirtiera en una regulación de la punibilidad sobre bases políticas de garantía para los individuos frente a los derechos de los gobernantes, en el sentido de que ni el delito ni su castigo podían ser aplicados arbitrariamente.

HUGO GROCIUS, en Holanda (*De iure belli ac pacis*, 1625) echa las bases del derecho natural e independiza el derecho penal de la teología, fundamentando la pena en principios de razón (la "naturaleza racional humana"). Su idea de que la pena es *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, insinúa ya la necesidad de que la pena tenga relación con el delito.

Prosiguen la tarea, en Alemania, SAMUEL PUFFENDORF (*De jure naturae et gentium*, 1672), que se opone a los procesos inquisitoriales y de hechicería, desecha la idea de la retribución como fundamento de la pena y enraíza el derecho de castigar en la dimensión social. El portavoz de PUFFENDORF, CRISTIAN THOMASIIUS (1655-1728), en numerosos escritos, con consecuencias ulteriores útiles para la objetivación del derecho penal, expone las diferencias entre moral y derecho; y CRISTIAN WOLFF (1679-1754), frente a los principios romanos y canónicos, defiende el principio del Estado -policía iluminado por la razón- (*salus publica suprema lex*).

En Francia, son campeones de la ilustración, MONTESQUIEU, que trata de la naturaleza y eficacia de las penas (*Lettres persanes*, 1721) y expone los principios del derecho penal, sosteniendo que la pena se debe inspirar en moldes humanitarios y que los Estados libres, a diferencia de los despóticos, deben tender a educar más que a castigar, y aboga por la independencia del Poder Judicial (*LEsprit des lois*, 1748); JUAN JACOBO ROUSSEAU que, exigiendo la libertad y la igualdad, ejerce influencia en la legislación criminal (*Contrat social*, 1762), y VOLTAIRE, que en numerosos escritos propugna la reforma de la arcaica administración de justicia.

En Italia, CESARE BECCARIA, interpretando las doctrinas de MONTESQUIEU y ROUSSEAU, publicó su célebre libro *Dei delitti e delle pene*, 1764, en el cual, combatiendo la arbitrariedad con que se realizaba la represión, sistemáticamente expone:

<sup>15</sup> ABBAGNANO, *Diccionario de Filosofía* (1963), p. 648.

a) la necesidad de que sólo la ley defina y castigue los delitos, cuyo juzgamiento corresponde a los jueces, los cuales no deben convertirse en legisladores so pretexto de interpretar la ley, a la que deben limitarse a aplicar;

b) la necesidad de que la ley penal sea clara y conocida por todos, de modo que todos estén en condiciones de saber lo que es lícito y lo que no lo es;

c) la necesidad de que la atrocidad de las penas debe cesar si resulta inapropiada para impedir los delitos;

d) la necesidad de que las penas sean proporcionadas a los delitos;

e) la necesidad de que el fin de las penas no sea el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni dejar sin efecto un delito ya cometido, sino impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo mismo;

f) la necesidad de que las medidas de las penas no dependa de la intención del culpable, sino del daño causado a la sociedad<sup>16</sup>. La repercusión de este libro fue universal.

A la par de esos grandes renovadores del derecho penal, no se puede dejar de mencionar la obra de JOHN HOWARD, campeón de la reforma penitenciaria. HOWARD, que fue hecho prisionero por los franceses y conoció los horrores de las prisiones de su época, hizo la crítica de éstas y propuso reformas sustanciales en su libro *State of prisons*, 1777, sobre las siguientes bases: a) higiene y alimentación suficiente; b) distinto régimen para los detenidos y los condenados; c) educación moral y religiosa; d) trabajo, y e) relativo aislamiento individual.

Las ideas sobre las que la Ilustración pretendía edificar el derecho penal influenciaron la tarea legislativa. La Revolución francesa de 1789 engendró la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (26-VIII-789), la cual consagró, entre otros, los principios siguientes:

a) la ley, que sólo tiene el derecho de defender contra las acciones dañosas para la sociedad (art. 5), no debe establecer más que las penas estrictamente necesarias (art. 8), sancionando el principio de la utilidad (necesidad) social como fundamento de la represión;

b) nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada (art. 8). Aceptó, así, el principio de legalidad, al que lo completó procesalmente con la regla de que nadie puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescriptas por ella (art. 7).

<sup>16</sup> Consúltase CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Edición crítica y bilingüe y estudio preliminar por Francisco P. Laplaza, Arayú, Buenos Aires.

La *Instrucción para la Comisión Encargada de Redactar un Proyecto de Nuevo Código*, 1767, de Catalina II de Rusia, constituye un intento legislativo de aplicar *L'esprit des lois*.

En Prusia, el *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staten* (Derecho General para los Estados de Prusia, 5-II-794), expresaba el pensamiento del absolutismo ilustrado respecto del derecho penal. En Austria, bajo el reinado de José II, la *Constitutio Criminalis Theresiana* fue sustituida por un nuevo código penal inspirado en la Ilustración.

## Capítulo II

### EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

Nuestro derecho penal, en lo que atañe a la legislación nacional de carácter común (C.N., 75, inc. 12º), no encuentra sus raíces ni aparece influenciado por el desenvolvimiento de un derecho penal aborígen, cuya reconstrucción se ha intentado<sup>1</sup>. Tampoco es el resultado prevaeciente de un trabajo progresivo de estructuración y sistematización legislativa y doctrinaria de hechos y situaciones fruto de nuestras propias exigencias y valoraciones. En realidad, en este ámbito también prevaleció, en el curso de las distintas épocas, el fenómeno de recepción de la legislación y doctrina europeas. Lo que, sin embargo, no significa que esa recepción, importando problemas exóticos, haya ignorado o distorsionado nuestra realidad histórica.

Antes y después de 1810, hasta la iniciación de la codificación del derecho penal con el P. Tejedor, la fuente exclusiva de la legislación represiva vigente en el territorio del Virreynato del Río de la Plata, que en su mayor parte pasó a ser el de las Provincias Unidas y luego el de la República Argentina, eran las leyes penales españolas anteriores al Código Penal de 1822. La Nueva Recopilación, las Leyes de Indias, Las Partidas, el Fuero Juzgo, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación<sup>2</sup>, que constituyen esa fuente, a la par de la influencia de la legislación foral, reflejaban la recepción del derecho romano y del canónico.

A partir de 1810, junto a las leyes españolas que subsistían como legislación represiva común, rigieron leyes especiales, en su mayoría con vigencia local en las distintas provincias<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> SOLER I, § 1. Las variaciones que en la práctica haya podido imponerle a la legislación española (FONTÁN BALESTRA, I, 147), no se advierten en relación al derecho penal argentino codificado.

<sup>2</sup> Ver RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1910, p. 6; MORENO, *El código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1922, t. I, p. 12; NUÑEZ, I, 65.

<sup>3</sup> SOLER, I, 90 (respecto de las leyes y decretos dictados en Buenos Aires); VIDAL, *La legislación sobre delitos y penas en la Provincia de Córdoba de 1810, hasta la sanción del código penal local de 1882* ("Cuadernos de los Institutos", n° 71, Universidad de Córdoba, p. 93).



La más importante ley de alcance nacional fue la N° 49 (14-IX-863), que designaba los crímenes cuyo juzgamiento competía a los tribunales nacionales y establecía su penalidad<sup>4</sup>. Esta ley, reconociendo la potestad de las provincias para dictar sus propios códigos penales, los declaró supletorios respecto de los delitos contra la Nación no previstos en ella y de los comunes cometidos en los lugares sujetos a su jurisdicción (art. 93). Reconoció, así, de manera expresa, la doble fuente del derecho penal común existente en esa época en el país. Esta situación no contradecía ni el espíritu, ni la letra de la C.N.<sup>5</sup>, pues si bien su art. 67, inc. 11º, establecía la unidad legislativa, el art. 108 admitía la dualidad mientras no se dictara el código nacional.

El Proyecto Tejedor (1866-1868), primer intento de codificación penal general, fue redactado por encargo del P. E. Nacional (5-XII-864), por CARLOS TEJEDOR, profesor en la Universidad de Buenos Aires (1856-1859 y 1861-1864). En las disposiciones general de su Parte General, el Proyecto sigue, en gran medida, al Código Penal de Baviera de 1813, obra de PAUL ANSELM V. FEUERBACH. En menor medida recibió el aporte de la doctrina española a través de JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, comentarista del Código español de 1848/50, y de la doctrina francesa a través de CHAUVEAU. En la Parte segunda, sin exclusión de la fuente bávara, predominan como fuentes inmediatas el Código peruano de 1862 y el Español ya mencionado<sup>6</sup>.

El germanismo de TEJEDOR no obstó para que en su *Curso de derecho criminal*, cuya 1ª edición es de 1860 (la 2ª es de 1871), demostrara su dominio de la legislación española y romana y su conocimiento de la literatura francesa, sin acusar influencia germana.

El Proyecto Tejedor, no fue sancionado como código nacional, pero en virtud de la autorización concedida por el art. 108 de la C.N., fue adoptado como código penal por ocho provincias, con algunas modificaciones hechas en la de Bs. As.<sup>7</sup>. Su articulado representa, a través del Código de 1886, un importante precedente de muchas disposiciones del Código vigente.

En el Proyecto de 1881 (3-I-881), redactado por SIXTO VILLEGAS, ANDRÉS UGARRIZA y JUAN A. GARCÍA, encargados de examinar el P. Tejedor por el P. E. Nacional, predomina la influencia del Código español de 1870 (RAMOS). Córdoba lo adoptó como código penal, con algunas modificaciones (14-VIII-882)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Ellos eran la traición, los delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, la piratería, los delitos contra la seguridad de la Nación, la sedición, el desacato y otros desórdenes públicos, la resistencia a la autoridad, la soltura de presos, la interceptación de correspondencia pública, la sustracción o destrucción de documentos depositados en las oficinas públicas, las falsedades, el cohecho y otros delitos cometidos por empleados o contra el tesoro nacional.

<sup>5</sup> Así, FONTÁN BALESTRA, I, 155.

<sup>6</sup> Más ampliamente, NUÑEZ, I, 66.

<sup>7</sup> Además de Buenos Aires, lo adoptaron Entre Ríos, Corrientes, San Luis, Catamarca, Santa Fe y Tucumán (NUÑEZ, I, 70).

<sup>8</sup> Más detalles en NUÑEZ, I, 70.

Presentado el Proyecto del 81 a la Cámara de Diputados (11-V-881), no fue aceptado, y el Congreso terminó por sancionar, sobre la base del Proyecto Tejedor, el primer Código Penal para la Nación (Ley 1920, 7-XII-886). Este Código penal entró a regir el 1-II-887. Científicamente el Código del 86 no significó un avance respecto del Proyecto Tejedor. Como éste, siguió el molde de las legislaciones clásicas: su único medio es la pena, la cual, por lo menos en su especie más grave, conserva algo del sentido vengativo del Proyecto Tejedor, aunque con modalidades menos infamantes. El Código, que nació sin prestigio y bajo el signo de su sustitución inmediata<sup>9</sup>, no incluye la legislación penal común en su totalidad, sino que deja al margen, contenida en la Ley Nº 49, la legislación federal sobre crímenes y delitos contra la Nación.

El 7-VI-890, el P. E. Nacional comisionó a NORBERTO PIÑERO, RODOLFO RIVAROLA y JOSÉ NICOLÁS MATIENZO para proyectar la reforma del Código. El Proyecto, presentado en junio de 1891, legislaba sobre delitos y faltas nacionales. Al mismo tiempo que unificó la legislación penal común, significó un adelanto científico, ya que además de revisar el elenco de los delitos del Código de 1886, llenó sus vacíos respecto de la aplicación de la ley penal en el espacio, declaró el carácter supletorio del Código penal respecto de las leyes especiales, previó la libertad condicional y reglas sobre el concurso de delitos, a la par que mejoró otras, como la relativa a la participación criminal. Mantuvo la pena de muerte.

Sin quebrar de manera absoluta la línea legislativa del Código, a la que conservó a través de la subsistencia de las fuentes de origen español, el Proyecto de 1891 representó el aporte preponderante de los códigos italiano de 1889, húngaro de 1878, holandés de 1881 y belga de 1867, que contenían la última y mejor legislación criminal. Su texto, sus concordancias y su Exposición de Motivos, constituyen un valioso precedente para interpretar el texto original del Código vigente<sup>10</sup>.

El Proyecto del 91, que sólo logró dictamen favorable de la Comisión de Diputados, sirvió de base para las reformas introducidas al Código del 86 por la ley 4189 (21-VIII-903). Lo valioso en esta etapa legislativa fue la crítica del senador JULIO HERRERA al Proyecto de reformas aprobado en Diputados (D.S.D., 1900, I, 275 a 303). La opinión, especialmente la de parte de los positivistas, fue adversa a la reforma<sup>11</sup>.

Frente a esa situación, el P. E. dispuso la revisión del Código del 86 por una comisión formada, además de PIÑERO y RIVAROLA, redactores del Proyecto del 91, por F. BEAGLEY, D. SAAVEDRA, MOYANO GACITÚA y RAMOS MEJÍA (9-XII-904).

<sup>9</sup> Más datos en NÚÑEZ, I, 72.

<sup>10</sup> NÚÑEZ, I, 74.

<sup>11</sup> NÚÑEZ, I, 79.

El Proyecto, que se denomina de 1906, fue presentado al P. E. Nacional el 10 de marzo de ese año y remitido al Congreso el 1º de setiembre. Sigue la orientación del de 1891. Su Parte general fue objeto, por parte de JULIO HERRERA, de la crítica más científica y constructiva que se registra en el proceso de la legislación penal del país<sup>12</sup>.

El diputado RODOLFO MORENO (h) fue quien le dio el último impulso al ya largo proceso de reforma del Código de 1886. Con algunas modificaciones, presentó como proyecto de reforma el de 1906<sup>13</sup>, sobre el cual, previa una encuesta entre profesores, magistrados y especialistas, una comisión de diputados, presidida por MORENO, redactó el Proyecto de 1917<sup>14</sup>.

El nuevo Proyecto representaba un progreso en la línea iniciada por el Proyecto del 91 y continuada por el de 1906. Pero a diferencia de éstos, sólo legislaba sobre delitos. Fue objeto de críticas por el sector positivista, "porque hace tabla rasa de los adelantos producidos en el derecho penal durante el siglo XX"<sup>15</sup>.

El Proyecto del 17, que en el Senado fue objeto de reformas que no alteran su estructura, recibió sanción como Código penal el 30 de setiembre de 1921; fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre del mismo año y entró a regir el 30 de abril de 1922<sup>16</sup>.

El nuevo Código, nacido en pleno auge de la Escuela Positiva en el país, en su primer cuarto de siglo fue objeto más de consideración crítica que de una interpretación constructiva. Su comentario recién alcanzó la categoría de una interpretación sistemática en el *Derecho Penal Argentino* de SEBASTIÁN SOLER<sup>17</sup>. Esta dirección dogmática prosiguió con nuestro *Derecho Penal Argentino*<sup>18</sup> y el *Tratado de Derecho Penal* de FONTÁN BALESTRA<sup>19</sup>.

Sin lugar a dudas, hoy sería exagerado repetir el juicio de Julio HERRERA emitido en 1922, y decir que el Código es uno de los más adelantados del mundo y que satisface las más avanzadas exigencias del momento<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> *La reforma penal, 1911*, Bs. As. En relación a su época y a su medio no se exageraba mucho al decir que era "la mejor sistematización de los más fundamentales problemas de la ciencia criminal" (RAMOS, *Curso de derecho criminal*, t. IV, Buenos Aires, 1944, p. 28).

<sup>13</sup> Ver RAFFO DE LA RETTA, *Código penal argentino*, t. I, Bs. As., 1921, p. 17.

<sup>14</sup> Ver Cámara de Dip. de la Nación -Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria- *Proyecto de código penal para la nación argentina*, Bs. As., 1917.

<sup>15</sup> PECO, *La reforma penal argentina de 1917-20*, Bs. As., 1921, Conclusiones. Pero, otro positivista de más pura cepa que el anterior, consideró que esa conclusión no era justa. "Si el proyecto... no ha logrado la perfección, no es posible, sin embargo, negarle modernidad de concepto" (GÓMEZ, *Revista del Colegio de Abogados* de Bs. As., Año I, n° 1, p. 128).

<sup>16</sup> Más detalles en NUÑEZ, I, 80.

<sup>17</sup> Parte general, 1ª edición, 1940; Parte especial, 1ª ed., 1945/46.

<sup>18</sup> 1959-1974.

<sup>19</sup> 1966-1971.

<sup>20</sup> Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Conferencias pronunciadas los días 28 de junio y 4 de julio por el doctor JULIO HERRERA, 1922.

En realidad, el Código, que frente a las incitaciones positivistas significó una prudente actitud legislativa al mantener la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal y reducir la peligrosidad del condenado al ámbito de la medida de la pena y del castigo del delito imposible, incorporó al derecho positivo instituciones que, como la libertad condicional y la condena condicional, las medidas aplicables a los inimputables, menores y reincidentes, así como las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, eran aconsejadas por la política criminal de la época y que no han sido dejadas de lado en la actualidad.

Muchos de los reproches dirigidos al Código por eruditos y legos, no tienen su razón en él, sino en la desidia e incomprensión de las autoridades y especialistas respecto del necesario perfeccionamiento de los institutos posibilitadores de su correcta aplicación<sup>21</sup>. Causa estupor que mientras a la supuesta benignidad del código se le atribuye el auge de la delincuencia en el país, el indulto siga siendo un recurso habitual y generoso de los gobiernos.

JIMÉNEZ DE ASÚA señaló el neoclasicismo del Código, caracterizado por la influencia insignificante del positivismo y la algo más honda de la política criminal<sup>22</sup>.

Ha habido numerosos proyectos de reformas al Código, entre otros, los parciales sobre el estado peligroso de 1924, 1926<sup>23</sup>, 1928 y 1932 y el del senado de 1933<sup>24</sup> y los de reforma total de COLL-GÓMEZ (1936), de orientación positivista<sup>25</sup>; de PECO (1941), neo-positivista y con una importante Exposición de Motivos<sup>26</sup>; de 1951, autoritario y positivista<sup>27</sup>, y el de 1960, redactado por SOLER y revisado por una comisión asesora. Este Proyecto mejora las medidas de seguridad previstas en el Código, ampliando su aplicación a los semiimputables no peligrosos o peligrosos, con lo que llena un vacío de aquél.

<sup>21</sup> No sólo se trata de desidia respecto de los establecimientos penales, sino, incluso, de la actividad de los encargados de la dirección científica. Véase, si no, nuestra carta al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, *Revista de Criminología -Centro de estudios criminológicos José Ingenieros de Córdoba*, 1962, N° 2, p. 5. Más ampliamente, NUÑEZ, I, 82. El Código ha sido traducido en EE.UU. de Norte América: *The Argentine penal code*, por EMILIO GONZÁLEZ LÓPEZ ("The comparative Criminal Law Projet", New York University-School of Law -Director: GERHARD O. W. MUELLES), y en Alemania: *Das Argentinische Strafgesetzbuch*, traducido y con una introducción de HEINZ MATTES (Berlín, 1957, WALTER DE GRUYTER). Sobre esta traducción, ver CONRADO FINZI y MARTÍNEZ GAVIER, *Cuadernos de los Institutos*, N° 32, Universidad de Córdoba, p. 63. Constituye un resumen explicativo del C.P., *Dos argentinische Strafrecht*, redactado por nosotros para "*Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*", vol. I, 1955 colección que dirigían MEZGER, SCHÖNKE y JESCHECK.

<sup>22</sup> *El nuevo código penal argentino*, Madrid, 1928, p. 209. También, *Tratado*, I, N° 334.

<sup>23</sup> Sobre estos dos proyectos, JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo código argentino*, Madrid, 1928, ps. 290 y ss.

<sup>24</sup> PECO, *La reforma penal en el senado de 1933*, Bs. As., 1936.

<sup>25</sup> Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, I, N° 338.

<sup>26</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, I, N° 339.

<sup>27</sup> Ver nuestras observaciones en *Revista de derecho penal*, 1951, p. 291.

En lo que atañe a las penas, el Proyecto del 60 prevé atenuantes especiales y generales; adopta el sistema de días multa y de la multa conjunta, que es aplicable si el hecho ha sido cometido por codicia. Excluye la regulación de los delitos cometidos por menores de 18 años<sup>28</sup>. Entre sus fallas fundamentales están la sustitución de la fórmula "delitos cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina..." del art. 1º, inc. 1º, del Código penal, por la fórmula individualizadora del inc. 3º de su art. 1º, y la negación de la condición de autor al que ejecutare el hecho en virtud de una orden de autoridad competente, impartida en las formas debidas, cuando la ley no permite al ejecutor examinar la legalidad de la orden. Después del Proyecto del 60 vinieron el de 1963, redactado por una comisión designada por el P. E.<sup>29</sup>; el Proyecto de 1973, elaborado por la comisión designada por resolución ministerial del 25-X-972, que sólo abarca la Parte General y que es el Proyecto de 1960 corregido y mejorado; el Proyecto de 1974, redactado por una subcomisión designada con arreglo al art. 5º de la Ley 20.509 y al Decreto 480/73, limitado, también, a la Parte general y que, en general, se aparta menos del Código Penal que los dos anteriores<sup>29bis</sup>. Por último, están el proyecto de 1979 (SOLER, AGUIRRE CABRAL y RIZZI) y el que en 1994 propiciara el P. E., sobre la base de las innovaciones que sugirió el profesor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI en su anteproyecto de reformas elevado al Ministerio de Justicia de la Nación el 15-VIII-991.

A partir del año 1950, el Código Penal, si bien ha resistido a los múltiples intentos de reforma general, las ha sufrido en muy buena medida mediante leyes, decretos-leyes y las llamadas leyes. La Ley 17.567 (12-I-968) reformó el Código Penal, inspirada en el Proyecto SOLER, reforma a la que privó de eficacia, casi en su totalidad, la Ley 20.509 (28-V-973); la Ley 21.338 (25-VI-976) restableció todas las reformas que la Ley 17.567 le hizo al Código Penal en el año 1967. Finalmente el Congreso de la Nación mediante la Ley 23.077 (27-VIII-984) restauró la mayoría de los textos de la Ley 11.179<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Ver *Síntesis de observaciones formuladas y modificaciones propuestas en la encuesta realizada sobre el código penal del Poder Ejecutivo -año 1960*. Bs. As., Imprenta del Congreso de la Nación, 1960. Ver, también, HEINZ MATTES, *Cuadernos de los Institutos*, N° 84, Universidad de Córdoba, p. 9.

<sup>29</sup> A su respecto véase nuestro picante artículo en *La Ley*, t. 110, p. 1038, y las respuestas de los comisionados en el mismo tomo, ps. 1089, 1113 y 1118; la 1ª y la 3ª crudas, pero insatisfactorias.

<sup>29bis</sup> No consideramos una desmedida exageración lo que se lee en los N° 20 y 22 de *Las penas de un penalista*, de NEUMAN, ya citadas.

<sup>30</sup> Después de la restauración Constitucional del año 1983, el Código penal sufrió modificaciones en virtud de las leyes 23.057 (5-IV-984), 23.468 (26-I-987), 23.479 (26-I-987), 23.487 (26-I-987), 23.588 (24-VIII-988), 23.974 (17-IX-991), 24.198 (3-VI-993), 24.286 (29-XII-993), 24.316 (13-V-994), 24.410 (28-XII-994), 24.453 (12-III-995), 24.454 (2-III-995), 24.527 (8-IX-995), 24.721 (15-XI-996) y 24.760 (13-I-997).

### Capítulo III

## **DIVISIÓN DEL DERECHO PENAL**

El derecho penal, como derecho sustantivo o material, cuyo objeto esencial es prever las infracciones punibles, establecer las sanciones y medidas complementarias correspondientes y las reglas generales pertinentes, no tiene una sola y misma naturaleza jurídica, sino que es susceptible de división.

La teoría y las legislaciones han distinguido siempre, como ramas diferentes del derecho penal sustantivo, el derecho penal común o derecho penal propiamente dicho, el derecho penal contravencional y el derecho penal disciplinario.

Los tres presentan como nota común indefectible, además de la de ser reglas de derecho público, al margen como tales de la voluntad individual, la de tener por materia:

a) las *infracciones*, esto es, las conductas contrarias a la ley;

b) las *sanciones*, vale decir, las consecuencias jurídicamente perjudiciales correspondientes a la comisión de las infracciones, impuestas retributivamente y no como reparación de los perjuicios causados a los damnificados, a la administración o al orden disciplinario.

La diferencia entre las tres ramas reside en la naturaleza jurídica de las infracciones que constituyen su materia.

### *I. Derecho Penal Común*

El derecho penal común se ocupa de los delitos o crímenes. Algunas legislaciones distinguen entre delitos y crímenes, pero la diferencia no es de sustancia, sino de grado: los crímenes son más gravemente penados que los delitos<sup>1</sup>. La división se tiene en cuenta a los efectos de la competencia de los tribunales, de la prescripción de la acción penal, de la tentativa, etc.<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Código penal francés, art. 1º: "La infracción que las leyes castigan con penas de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva o infamante es un crimen". El § 1º del Código penal alemán adopta el mismo criterio.

<sup>2</sup> Ver DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ª ed., París, 1947, p. 63; JESCHIECK, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, p. 34; MEZGER, I, 184.

Nuestro Código penal sólo refiere a los delitos. Sin embargo, ni la denominación “crimen”, ni su distinción del delito, han sido extrañas a nuestros precedentes<sup>3</sup>.

El delito, que es la infracción propia del derecho penal común, es una ofensa a los bienes de los individuos como tales (vida, integridad corporal, honor, libertad, propiedad, etc.), o como miembros de la sociedad (seguridad política, seguridad y tranquilidad comunes, salud pública, fe pública y administración pública, etc.). Estos bienes no tienen un fundamento jusnaturalista<sup>4</sup>, ajeno al derecho positivo, sino que abarcan el amplísimo ámbito de lo que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como intereses de los individuos, aislados o actuando en la sociedad, distintos de los deberes impuestos por el ordenamiento administrativo o disciplinario.

La infracción delictiva (delito común) está reconocida por nuestro derecho positivo. Con arreglo al art. 75, inc. 12º, de la C.N., al Congreso de la Nación le corresponde dictar el Código penal para toda la Nación y las leyes que lo complementan<sup>5</sup>. En ese código y en esas leyes se debe encontrar la materia propia de los delitos y sus penas<sup>6</sup>. A las provincias, que estuvieron facultadas para sancionar códigos penales locales hasta que el Congreso dictó el general, les está vedado hacerlo ahora (C.N., 126). Esta prohibición comprende, por un lado, la de castigar delitos, estén o no reprimidos por el Código penal o las leyes que lo complementan; y por otro lado, la prohibición de alterar los delitos, las penas o las condiciones de punibilidad establecidas por aquéllos.

## II. Derecho Penal Contravencional

Frente a la infracción delictiva, está como una especie de distinta calidad, por ser sustancialmente diferente, la infracción contravencional o falta. La mayoría de nuestros autores niega que el delito y la falta tengan distinta naturaleza jurídica, y sólo admiten que entre ambos media una diferencia de cantidad, determinada por la especie o la medida de la pena<sup>7</sup>.

La discrepancia excede, por cierto, los límites de nuestro país. La escuela toscana hizo residir la diferencia entre ambas infracciones en que el delito,

<sup>3</sup> El art. 69 de la C.N. se refiere, para admitir el arresto de un legislador, a la flagrancia en algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva. La ley 49 designa los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales. El Proyecto Tejedor, en su título preliminar, se refiere a la “diferencia entre crímenes, delitos y contravenciones”.

<sup>4</sup> Como piensa, entre otros, SOLER, I, § 20, V.

<sup>5</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 116, p. 315 (esp. p. 324).

<sup>6</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 102, p. 112.

<sup>7</sup> Entre otros, SOLER, I, p. 234; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, Nº 1007; FONTÁN BALESTRA, I, 374. Niega la autonomía del derecho penal administrativo respecto de la aplicación de las disposiciones generales del Código penal a los delitos de las leyes especiales (C.P., 4), AFTALIÓN, *Tratado de derecho penal especial*, t. I, ps. 61 y ss.

siendo contrario al derecho natural y a los principios de la ética Universal, ataca la seguridad de los derechos individuales o universales de los ciudadanos, mientras que la contravención o transgresión, siendo una creación del magisterio policial, que no ataca ni el derecho natural ni la ética, transgrede sólo las leyes que mandan o prohíben atendiendo a la prosperidad o bienestar de la sociedad<sup>8</sup>.

En Alemania, JAMES GOLDSCHMIDT, inspirado en la distinción ontológica toscana, sentó las bases para una distinción jurídico positiva del derecho penal justicial (criminal) y el derecho penal administrativo. Según GOLDSCHMIDT, el derecho penal justicial tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad, mientras que el derecho penal administrativo tiene por objeto proteger la administración estatal tendiente a la promoción del bien público o del Estado. Lo esencial y característico de este punto de vista, es que la contravención administrativa no es, a diferencia del delito, un atentado directo contra un bien que la administración deba tutelar, sino un atentado a la actividad administrativa estatal que tiende a esa protección<sup>9</sup>.

Lo realmente valedero de la teoría toscana, incluida en ella la más profundizada de GOLDSCHMIDT, es que, a través de la diferenciación ontológica que propugna, conduce al verdadero ámbito de la solución del problema. Sea que se diga que la transgresión o contravención, transgrede sólo las leyes que mandan o prohíben atendiendo a la prosperidad o bienestar de la sociedad; sea que se diga que la contravención es un atentado a la actividad administrativa estatal que atiende a la protección de los bienes que la administración debe tutelar, no se dice otra cosa que las sanciones de naturaleza contravencional no tienen otra finalidad que la protección represiva del derecho que regula la actividad administrativa estatal, sea nacional, provincial o municipal, lo que, sin lugar a dudas, no se puede confundir con las sanciones de derecho común que resguardan la administración Pública (delitos contra la administración pública).

La sanción administrativa tutela la operatividad de las regulaciones administrativas, en tanto que los delitos contra la administración pública, cuando no se desvirtúa su esencia, resguardan el aparato administrador. En nuestro país, la cuestión se ha oscurecido al reducirla a la oposición entre el delito y la falta o contravención policial local<sup>9bis</sup>, olvidándose que la regulación policial local no es sino una actividad administrativa, aunque no siempre esté regulada específicamente en su totalidad; y de esa manera, prescindiéndose

<sup>8</sup> CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, 1865, §§ 152 y 263 y ss.; CARRARA, *Programa*, §§ 150, 3038, 3176, 3178; id., *Opuscoli di diritto criminale*, 5ª ed., vol. II, p. 336.

<sup>9</sup> Hippel, *Deutsches Strafrechts*, 1930, vol. II, p. 6; NUÑEZ, I, 29, y las citas de la p. 62.

<sup>9bis</sup> Esta restricción influye, quitándole claridad, en el panorama que advierte Gavier, *Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Penal*, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976, p. 77.



del aspecto institucional del problema, se lo redujo a una cuestión respecto de la naturaleza real del delito y de la falta.

Cuando frente a nuestro derecho positivo se dice que entre el delito y la contravención existe sólo una diferencia meramente cuantitativa<sup>10</sup>, se desconoce la particular naturaleza administrativa del objeto de la ofensa contravencional y, lo que es más grave, se olvida la distinta fuente legislativa constitucional de la regulación represiva común y de la regulación represiva contravencional. En efecto, nuestro sistema constitucional exige una diferenciación sustancial que posibilite una ordenada separación de las materias propias de la legislación penal común para toda la Nación, de las materias propias de la legislación penal federal, exclusiva o concurrente con las provincias, y de la legislación penal provincial o local para la Capital Federal. La determinación de lo que constitucionalmente puede ser un delito o una contravención, no sólo sirve para preservar el federalismo y para evitar una mala confusión de la legislación federal con la común, sino, también, para advertir que un Código Penal concebido liberalmente, esto es, como protector de la seguridad de los derechos de las personas, no puede ser tiránico ni autoritario, ya que -a diferencia del deber, que es el fundamento de la represión autoritaria- los derechos no pueden ser dañosos para sus titulares<sup>10 bis</sup>.

La de dictar el Código penal para toda la Nación no es la única facultad represiva delegada por la C.N. al Gobierno Federal; ni éste es el único titular de todos los poderes represivos admitidos por la C.N. Por un lado, a la par de los poderes represivos regulados por el Código penal, concedidos al Gobierno Federal por el art. 75, inc. 12º de la C.N., los incs. 1º, 2º, 3º, 10º, 14º, 18º, y 32º del mismo artículo, le conceden a ese Gobierno una serie de atribuciones que constituyen la materia propia de las llamadas "leyes federales" o "leyes especiales del Congreso" o, simplemente, "leyes nacionales", cuya naturaleza es contravencional porque penalmente su objetividad jurídica se concreta en una contravención o desobediencia a las leyes o disposiciones de carácter administrativo que regulan relaciones entre la Administración pública y los administrados<sup>10 ter</sup>. En virtud del principio de que todo poder concedido a un Gobierno por la C.N., lleva implícita la facultad para lograr su efectividad, a esa legislación federal o especial, le es inherente la pertinente facultad de reprimir las infracciones a sus preceptos. Es en ejercicio de esa facultad que el Gobierno federal castiga las infracciones a las leyes federales de defensa agrí-

<sup>10</sup> SOLER, I, § 20, V. Claro que contra la diferencia no se debe argumentar con errores del legislador (véase Levene, *Introducción al derecho contravencional*, Depalma, 1968, p. 39 y sgts.).

<sup>10 bis</sup> NUÑEZ, *La cuestión de los delitos y contravenciones -su base constitucional-*, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología nº 6, p. 39 y sgte., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1985.

<sup>10 ter</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 24 y sgte.

cola, policía marítima y fluvial, profilaxis de la lepra, contralor del comercio de carnes, precios máximos, identificación de mercaderías, tributarias, control de cambios, etc.

Frente a las atribuciones legislativas concedidas por la C.N. al Gobierno Federal, las provincias conservan todo el poder legislativo necesario para su desenvolvimiento, no comprendido en esa delegación, y, además, como sucede con la Provincia de Buenos Aires, el reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (C.N., 121). Entre esos poderes conservados, fuera de las materias expresamente mencionadas (C.N., 125), están las correspondientes a las propias instituciones locales (C.N., 122). Aquí también, en virtud del principio de la inherencia represiva antes mencionado, el ejercicio de esas atribuciones legislativas lleva ínsita la potestad de los gobiernos locales para asegurarlas mediante sanciones de índole penal. En consecuencia, como ni la legislación sobre contravenciones federales ni la legislación sobre faltas locales pueden, la primera por ser federal y la segunda por corresponder a la competencia local, incluirse en una ley común como es el Código Penal, los delitos que constituyen la materia propia de éste no pueden tener la estructura de una contravención o falta, es decir, ser una desobediencia a una ley federal o local que impone a sus destinatarios, bajo amenaza penal, una obligación de hacer u omitir para garantizar su debido cumplimiento<sup>10 quater</sup>.

La diferente calidad jurídica de los delitos y de las contravenciones, no puede ponerse en cuestión porque, con arreglo al art. 4º del Código penal, las disposiciones generales de este código sean aplicables a las segundas, ya que, incluso la menos exigente tesis de la Corte Suprema, encuentra en la incongruencia de las respectivas infracciones, un límite para esa aplicación<sup>11</sup>. La distinta calidad o naturaleza jurídica de las instituciones no depende de que admitan o no la aplicación de ciertos principios generales comunes, sino de su consistencia. Así, la multa penal y la multa reparatoria, claramente diferenciadas por los tribunales y la doctrina<sup>12</sup>, no perderían su distinta calidad o su autonomía sustancial por el hecho de que el legislador sometiera a los mismos principios el ejercicio y la extinción de las respectivas acciones persecutorias.

(La *contravención* es una infracción a los deberes impuestos a los individuos por la legislación que regula la actividad administrativa estatal) El que no abona las cargas tributarias<sup>12 bis</sup> o las tarifas postales o no observa las disposiciones sanitarias o de abastecimiento, así como (el que infringe las

<sup>10 quater</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 38.

<sup>11</sup> NUÑEZ, I, 25; en contra AFTALIÓN, ob. cit., I, 65.

<sup>12</sup> NUÑEZ, II, 416.

<sup>12bis</sup> No, quien, por ejemplo, evade total o parcialmente su obligación tributaria valiéndose de ardid o engaño, conducta que, con arreglo al derecho positivo, constituye delito. Ver Régimen Penal Tributario, según leyes 24.765 y 24.769, art. 1º.

disposiciones generales de policía, viola el deber de conducta positiva o negativa que le imponen esas normas, y al hacerlo no coopera con la acción administrativa tendiente a lograr los respectivos objetivos. La ley penal común también impone deberes, pero éstos no tienden a obtener de los individuos esa cooperación con la acción administradora de la autoridad, mediante el castigo de los contraventores a las disposiciones particulares que la imponen.

Esa diferencia del objeto de ataque contravencional y del delictivo, no desaparece, como hemos visto, ni siquiera cuando se trata de los delitos contra la administración pública. Estos delitos, incluso el atentado y la resistencia contra la autoridad que se presentan como ataques a la actividad de la autoridad, y el encubrimiento, que significa una interferencia perturbadora para la actividad policial y la justicia, no encuentran su esencia en la desobediencia al deber administrativo, sino en la lesión del interés social que representa la incolumidad de la administración pública<sup>13</sup>.

(La distinta calidad jurídica del delito y de la contravención tiene consecuencias materiales y procesales. Las primeras se manifiestan particularmente en lo que atañe a la culpabilidad del autor, a la tentativa y a la pena.

A diferencia de lo que sucede respecto de la imputación delictiva, en la contravención el dolo y la culpa no desempeñan ningún papel en lo que respecta a su gravedad, y por regla para castigarla basta la segunda.

En la contravención tampoco tiene función la tentativa; y en lo que atañe a la pena, a diferencia de lo que sucede respecto del delito, está excluida la reclusión y muy restringida la prisión, y las penas contravencionales típicas son el arresto, la multa, el decomiso, la clausura y otras sanciones menores.

Una característica muy marcada del derecho contravencional económico y fiscal, frente al derecho penal común, que no la admite, es el traslado de la responsabilidad *civil* por la pena de multa, del autor material a sus herederos o al ente ideal de que forma parte aquél, como director o administrador<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista procesal, representando la sanción administrativa el medio para asegurar el cumplimiento de los deberes de los administrados, la autoridad administrativa está dotada del poder jurisdiccional necesario para hacer efectivo, mediante un juicio administrativo, el poder sancionador inherente a las atribuciones que le corresponden, sin perjuicio de que el presunto infractor, en defensa de su libertad o propiedad, goce del derecho

<sup>13</sup> La ingenua crítica de HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, p. 113, que seguía antes GAVIER, *El derecho penal administrativo*, 1946, p. 25, fundada en la existencia de delitos contra la administración pública y en que los intereses de la administración estatal también son intereses o bienes jurídicos, no advierte, a pesar de fundarse en dos hechos exactos, que la distinción criticada no desconoce esto, sino que, una vez, encuentra que el titular del bien lesionado no es la administración pública, y otra sí.

<sup>14</sup> Para la C.S. de la Nación se trata de un caso de transmisión de la pena por herencia y de un caso de una pena impersonal.

de recurrir ante su juez natural (C.N., 18)<sup>15</sup>. Ese doble orden jurisdiccional, es una prueba más de que, constitucionalmente, la contravención no implica la violación de un interés cuyo conflicto, excluyendo la jurisdicción administrativa, únicamente admita la intervención de los tribunales de justicia.)

### III. *Derecho Penal Disciplinario*<sup>16</sup>

En tanto que lo protegido por el derecho penal común son los intereses particulares o sociales de los habitantes y lo protegido por el derecho penal contravencional es la actividad administrativa estatal, el ámbito del derecho penal disciplinario es más reducido, pues no corresponde ni a la relación amplísima del Estado con las personas en general, ni a la relación del Estado con las personas vinculadas a los particulares actos de administración, sino a la más restringida relación del Estado con las personas sometidas a un orden de sujeción público. El derecho penal disciplinario público es el poder represivo inherente a la facultad estatal de establecer y mantener el orden jerárquico, de servicio, profesional o, en general, de sujeción de carácter público, cualquiera que sea su causa. Las infracciones disciplinarias son transgresiones a uno de esos órdenes, por actos de negligencia, infidelidad, desobediencia, indecoro o inmoralidad, y su castigo tiene por finalidad mantener la disciplina.

Las penas disciplinarias, como amenaza y aplicación, representan coerciones tendientes a evitar esos actos y pueden consistir en sanciones como la advertencia, el llamado de atención, el apercibimiento, la suspensión, la cesantía, la exoneración, la multa o el arresto de corta duración. Salvo si como sucede con los dos últimos, esas coerciones afectan el patrimonio, la libertad u otros derechos constitucionales del sujeto pasivo, no requieren ni la determinación específica de las infracciones, ni la determinación específica de la sanción correspondiente a cada infracción. Basta que la constitución, la ley o el reglamento, establezcan los límites del poder disciplinario concedido a cada órgano y determinen genéricamente las sanciones aplicables. Frente a la gran magnitud de una sanción privativa de la libertad impuesta por conversión de la multa, la Corte Suprema ha exigido "la más estricta y amplia observancia de los principios constitucionales que aseguran la plenitud de la libertad de defensa en juicio"<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Por consiguiente, no son razones de interés y necesidad pública, sino la estructura misma de la acción administrativa, la que autoriza esa facultad jurisdiccional del P. Ejecutivo. En contra AFTALIÓN, ob. cit., I, nota 67. Sobre el derecho a ser oído por un Tribunal competente, independiente e imparcial, en la sustanciación de cualquier acusación penal, como la que involucra una contravención, véase el art. 8º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; también, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>16</sup> NUÑEZ, I, p. 29. Una correcta exposición ha hecho GAVIER, *Cuarta Jornadas*, cit., p. 36.

<sup>17</sup> Véase Fallos, t. 265, p. 281.

Titulares del derecho penal disciplinario estatal son las autoridades pertenecientes a los tres poderes del Estado, aunque las pertinentes instituciones gocen de autarquía, y los cuerpos privados a cuyo cargo está la realización de actividades públicas o vigiladas por la potestad pública, como son los colegios profesionales y los sindicatos investidos del gobierno de la matrícula o de la afiliación.

El derecho penal militar no es más que un sector del derecho penal disciplinario. Su fuente reside en la potestad del Poder Legislativo nacional para establecer reglamentos y ordenanzas para el gobierno de las fuerzas armadas (C.N., 75, inc. 27), y sus sanciones encuentran fundamento en la suprema necesidad del orden y de la disciplina militar. Empero, el Código penal militar, excediendo su ámbito propio, comprende materia común. Esta invasión, que de por sí representa un serio desorden y se agrava si, además, se crea una indebida jurisdicción militar que compromete la cláusula garantista que representa el art. 108 de la C.N.<sup>17 bis</sup>, es la que da pie a la idea de que el derecho militar no es un mero derecho disciplinario<sup>18</sup>.

<sup>17 bis</sup> NUÑEZ, *¿Competencia ordinaria o militar?*, Doctrina Penal, 1984, p. 501 y sgtes.

<sup>18</sup> Así piensan FONTÁN BALESTRA, I, ps. 69 y ss., y CAVALLERO, *Notas sobre el delito militar* ("La Ley", 12-IX-975). Pero, decir que el derecho penal militar no es un derecho penal disciplinario por la extrema severidad de las sanciones que impone, no es, en verdad, centrar la cuestión en su debido punto, sino en todo caso, poner en cuestión que hechos que merecen tan graves consecuencias, pueden integrar un orden penal disciplinario, usurpando la materia propia del derecho penal común.

## CAPÍTULO IV

### ESCUELAS PENALES<sup>1</sup>

El desenvolvimiento de la legislación penal se produjo en el sentido de la evolución desde la ley suelta sobre un asunto particular y, luego, de la sistematización por materia o materias correlacionadas, ocurrida a partir de fines del siglo 18. Expresiones cumbres del movimiento de codificación, con influencia decisiva en la legislación universal, comprendida la sudamericana, son los códigos francés de 1810, Toscano de 1853, Italiano de 1889, Bávaro de 1813, Prusiano de 1851, Alemán de 1871 y Españoles de 1848-50 y 1870.

A la par y antes de la era de la codificación, como un impulso a su formación y al consiguiente mejoramiento sustancial y formal del derecho penal, se produjo la tarea de teorización o explicación del derecho penal. Los excesos a que había llegado el rigorismo represivo del Estado absoluto, encontraron un límite y una reacción merced a las ideas liberales de la Ilustración. Esas ideas no solo condujeron a la regulación de la punibilidad con arreglo a bases políticas de garantía, sino que, al darle impulso a la doctrina de los delitos y de las penas con el libro de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, abrieron el camino para que los autores posteriores expusieran el derecho penal sistemáticamente, de acuerdo a los distintos principios aceptados por cada corriente de opinión.

Esas corrientes de opinión, expositoras del derecho penal con arreglo a un sistema estructurado según determinados principios fundamentales, son las llamadas escuelas penales. De estas, existieron algunas de valor fundamental, esencialmente en lo que atañe a lo que constituye el objeto de la ciencia del derecho penal. Nuestro desarrollo se limitará, dentro del numero-

<sup>1</sup> NUÑEZ, I, 53; FONTÁN BALESTRA, I, p. 128; BETTIOL, *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, 1965, p. 10; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 29 y ss.; JESCHECK; *La evolución del concepto del delito en Alemania desde BELING, comparada con la doctrina austríaca* ("Cuaderno de los Institutos", N° 63, Universidad Nac. de Córdoba, p. 29); id., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlín, 1960, ps. 135 y ss.

so elenco de corrientes de pensamiento, muchas de ellas secundarias, a las que merecen atención no sólo por su valor científico, sino, también, por su trascendencia a nuestro país.

### I. Escuela Toscana

La *escuela toscana* no se identifica totalmente con la escuela clásica italiana de derecho penal. Aunque participe de las bases esenciales de la escuela clásica italiana -el racionalismo como punto de partida y su método puramente especulativo, y, por consiguiente, la incondicionalidad temporal y espacial de sus enseñanzas-, la escuela toscana se caracteriza por la concepción sistemática de su teoría. Esta diferencia explica cómo autores como BECCARIA (*Dei delitti e delle pene*), y JEAN BATTISTA ROMAGNOSI (*La genesi del diritto penale*), precursores de la escuela clásica<sup>2</sup>, lo sean también de la escuela toscana y que aquélla se integre por autores como PELLEGRINO ROSSI (*Tratatto di diritto penale italiano*) y ENRICO PESSINA (*Elementi di diritto penale*), éste un hegeliano y ambos ajenos a la sistemática toscana.

La teoría toscana fue expuesta en sus bases por GIOVANNI CARMIGNANI (1768-1840), "ilustre reordenador de la ciencia penal", "fundador de la enseñanza filosófica del derecho penal", "apóstol y doctor del derecho penal"<sup>3</sup>, en su *Elementa juris criminalis*, 1808, y en la *Teoría delle leggi della sicurezza sociale* (Pisa, Nistri, 1831-32), 4 vols.<sup>4</sup>. La teoría fue perfeccionada y desenvuelta, en el *Programa del corso di diritto criminale*<sup>5</sup>, por su discípulo FRANCESCO CARRARA, "príncipe de los penalistas italianos", que llevó la escuela italiana "al apogeo de la ciencia" y fue "un eximio y maravilloso abogado penalista" (ENRICO FERRI). Ambos fueron profesores en la universidad de Pisa.

<sup>2</sup> El positivismo también vio un precursor en ROMAGNOSI.

<sup>3</sup> CARRARA, *Opuscoli*, t. I, p. 643; t. II, p. 600.

<sup>4</sup> Hubieron cinco ediciones de los *Elementa*. La 5ª, la última, aparecida en Pisa, editada por los hermanos NISTRI, en 1833, fue traducida al italiano (Malta, 1847 y Milano, 1863). Sobre CARMIGNANI, ver el prólogo de FILIPPO AMBROSOLI a los *Elementi di diritto criminale* del profesor GIOVANNI CARMIGNANI, Milano, 1863.

<sup>5</sup> Cuya 1ª edición, aparecida en 1859, al hacerse cargo CARRARA de la cátedra de Pisa, fue el fruto de sus lecciones sobre instituciones del derecho criminal, dictadas durante doce años en el Liceo de Luca, casa de enseñanza de segundo orden. El Programa alcanzó su total desenvolvimiento en la 6ª edición de 1866, de la cual las posteriores, hasta la 11ª, que es la última, sólo son reediciones. Existen traducciones al castellano (Depalma, Bs. As., y Editorial Temis, Bogotá); otras obras de CARRARA son los *Opuscoli di diritto criminale*, 7 vols., en varias ediciones, cuyo contenido son escritos, artículos y defensas de derecho y procedimiento penal; las *Remisniscenze di cattedra e foro*, con que en 1883 CARRARA "cerró su glorioso apostolado científico" (*Revisita penale*, vol. XXVII, p. 5), y los *Lineamenti di pratica legislativa penale*, 2ª ed., Turín, 1874 (2ª ed., 1882), que enseñan, mediante ejemplificaciones, cómo debe proceder el legislador penal. Sobre CARRARA, véase el Apéndice al Programa, Temis, Bogotá; LAPLAZA, FRANCESCO CARRARA, Depalma, Bs. As., 1958, y el prólogo de SOLER al Programa, Depalma, Bs. As.

La escuela toscana expone una doctrina pura del delito y de la pena<sup>6</sup>, que si bien no se atiene sino como elemento de comparación al derecho vigente en los distintos países, no por eso abandona el marco de la más profunda confrontación histórica. Esto, no obstante su fundamentación filosófica jusnaturalista y su método deductivo, dota al sistema de un equilibrio admirable que le proporciona su gran contenido vital<sup>7</sup>.

La escuela toscana llevó la ciencia del derecho penal a una doctrina matemática, que haciendo del delito como ente jurídico su principio básico, se funda en criterios relativos a la esencia del delito y de la pena y en criterios mensuradores de ambos.

De ese principio surge el primer postulado de la escuela: si el delito es un ente jurídico, cuya esencia reside en la contradicción del hecho con la ley civil, ningún hecho puede elevarse a la categoría de delito si no ataca el Derecho. De este primer postulado surge el segundo: la medida de la cantidad delictiva de un hecho debe deducirse de la importancia de los derechos lesionados.

Ahora bien, para que un hecho choque con la ley, es preciso que posea determinadas *fuerzas* o potencias físicas y morales. La consideración de estas *fuerzas* desde el doble punto de vista de su causa (subjctivamente) y de su resultado (objetivamente), señala las condiciones indispensables para que un hecho pueda imputarse como delito (*teoría de la imputación criminal*). Ellas son<sup>8</sup>:

a) La *fuerza física subjetiva*, que constituye el acto externo, sin el cual no puede haber delito: *cogitationes poenam nemo patitur*;

b) La *fuerza moral subjetiva*, que constituye la moralidad del acto o culpabilidad del autor: *nullum crimen sine culpa*;

c) La *fuerza física objetiva*, que constituye la lesión jurídica causada por el hecho: *nullum crimen sine injuria*, y, finalmente

d) La *fuerza moral objetiva*, que representa la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los terceros. Es la razón política que autoriza el castigo de un hecho como delito.

La *pena* tampoco puede ser una creación arbitraria del legislador, sino que, para ser justa, también debe ser el resultado de fuerzas homogeneas a las que determinan la teoría del delito<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Doctrina ontológica porque busca la noción de ser del delito y de la pena. "En la ciencia -dice CARRARA- no debe buscarse lo que haya dispuesto un legislador terrenal; sino lo que un legislador terrenal puede disponer sin chocar con la razón y sin lesionar la justicia" (*Opuscoli*. I, 5ª ed., p. 569).

<sup>7</sup> NUÑEZ, I, 57. Esto es puesto en cuestión (ver BETTIOL, ob. y lugar cit.). Empero, para los propios positivistas, CARRARA: "Nunca perdió el sentido de la realidad humana para seguir las solas abstracciones lógicas" (FERRI), y su sistema conserva valor actual (SANTORO). Véase, también, JUAN DEL ROSAL, *Derecho penal español*, Madrid MCMLX, p. 39.

<sup>8</sup> Véase CARRARA, *Programa*, §§ 53 y ss.; CARMIGNANI, *Elementi*, §§ 97 y ss.

<sup>9</sup> Ver CARRARA, *Programa*, §§ 627 y ss.



La doctrina de CARRARA implica el más perfecto y acabado enlace entre la Parte general y la Parte especial del derecho penal. "Mi programa -dice- desde § 1 al 3940, es el desarrollo constante de todo un sistema; cada teoría especial es la fotografía de las otras teorías; cada exposición de un delito especial es el daguerrotipo de las exposiciones de todos los demás delitos. Si una sola de esas exposiciones es errónea en sus principios, todas son erróneas" (§ 3196, nota 1).

El más alto valor de la escuela toscana reside, por una parte, en haber enunciado criterios rectores para que el legislador, al definir y castigar los hechos delictivos, proceda con justicia, sin arbitrariedad; y, por otra parte, en que al señalar los rasgos esenciales de las instituciones de la Parte general del derecho penal y de los delitos en particular, constituye un precioso auxilio para la interpretación de los derechos positivos inspirados en ideas liberales, como es el texto original de nuestro Código penal de 1921, que recibió la influencia del Código italiano de 1889, fruto, a su vez, de las concepciones de la escuela toscana<sup>10</sup>.

De la escuela toscana se apartó la corriente posterior, que tiene su mejor precedente en la corriente crítico forense (RENAZZI, CREMANI, NANI, GIULIANI, PUCCIONI, MORI, etc.), dedicada a ilustrar e interpretar, con mayor o menor amplitud sistemática, los códigos vigentes<sup>11</sup>.

La escuela toscana repercutió en las décadas de 1930 y de 1940 en la Universidad de Córdoba, contribuyendo a la formación intelectual de sus profesores y produciendo una vigorosa reacción frente al positivismo verbalista reinante en ella y en las universidades de Buenos Aires y La Plata.

## II. Escuela Positiva

El triunfo del pensamiento naturalista en el siglo 19, generó la escuela positiva de derecho penal. Si para la escuela toscana, el delito es un ente jurídico, para la escuela positiva, es un ente de hecho. Su método ya no es la deducción, sino la inducción experimental.

El positivismo proclama que la pura consideración del delito como "ente jurídico", resulta ineficaz para escoger los medios más convenientes para luchar contra las causas del delito y las formas más graves de la delincuencia, porque el mundo de la delincuencia no está regido por el principio de la responsabilidad personal frente al derecho, fundada en el libre albedrío, sino por el de la causalidad. El factor causal reside en el propio modo de ser del delincuente y en la influencia del medio ambiente.

<sup>10</sup> Ver BETTIOL, *Derecho penal*, cit. p. 14.

<sup>11</sup> FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 29.

CESARE LOMBROSO (1835-1909), con su concepción antropológico-criminal, fundada en el estudio orgánico y psicológico del delincuente, sostuvo la existencia del delincuente nato<sup>12</sup>.

“El delincuente es conforme a esta concepción, una especial variedad, un genuino tipo antropológico del hombre, una peculiar *species generis humani*. Esta índole específica reconocible exterior y corporalmente (por determinadas desviaciones de la forma del cráneo, en el cerebro y en otras partes del cuerpo), hace de su portador, con necesidad natural e indeclinable, un delincuente, pero sólo la sociedad le suministra las condiciones necesarias para cometer delito”<sup>13</sup>.

A su vez, ENRICO FERRI<sup>14</sup>, empeñado en estudiar la génesis natural del delito en el delincuente y en su ambiente, indicó que el delito tenía como causas factores individuales (orgánicos y síquicos), factores físicos (ambiente telúrico) y factores sociales (ambiente social), los cuales, influyendo de manera distinta en cada caso, en cada individuo, determinan la clasificación de los delincuentes (natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales). Esta clasificación debía constituir la piedra angular en el nuevo edificio científico de la justicia criminal<sup>15</sup>.

La tesis de LOMBROSO y FERRI, completada por la de RAFFAELE GARÓFALO sobre la “temibilidad del delincuente”<sup>16</sup> le permitieron a la escuela positiva presentar como nuevo objeto de la ciencia criminal, no al “delito” como ente jurídico, sino al “delincuente” como persona que con el delito cometido se revelaba socialmente peligrosa<sup>17</sup>.

En síntesis, la escuela positiva, fundó la responsabilidad criminal sobre las siguientes bases:

a) al libre albedrío lo sustituyó por el determinismo de las acciones humanas debido a factores individuales, físicos y sociales;

b) consecuentemente, a la responsabilidad moral (culpabilidad individual) la sustituyó por la responsabilidad social o legal de los individuos por el solo hecho de vivir en sociedad, fundada en la necesidad de la defensa de la sociedad como organismo, y

<sup>12</sup> *L'homme criminel*, 2ª ed. Francesa, 1877. La 1ª edición del *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e disciplina carceraria*, es de 1876.

<sup>13</sup> MEZGER, *Criminología*, Madrid, p. 20. En *El delito, sus causas y remedios*, Madrid, 1902, LOMBROSO respondió a quienes le hicieron el cargo de que su escuela abandonaba el estudio de las causas económicas y sociales del delito.

<sup>14</sup> *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2ª ed., Bolonia, 1884 (1ª ed. 1880), que luego se denominaron Sociología criminal, cuya 5ª y última edición, revisada y ampliada por SANTORO, es de 1929.

<sup>15</sup> *Principii* cit., p. 43.

<sup>16</sup> *La criminologia*, Madrid, 1922 (la 1ª edición italiana es de 1855). Antes, en *Un criterio positivo della penality*, (1880), había formulado su tesis.

<sup>17</sup> FERRI, *Principii*, p. 45.

c) como fundamento, no de la pena, sino de la sanción, sustituyó el criterio objetivo de la entidad del delito, por el subjetivo de la peligrosidad de los delincuentes, debidamente clasificados en especies o tipos<sup>18</sup>.

Las mas puras expresiones legislativas de esta escuela, como fueron el Proyecto italiano de 1921, obra de FERRI y, en medida secundaria, de otros positivistas, y el Proyecto argentino de COLL-GÓMEZ (1936), constituyeron palpables demostraciones de lo exagerado que resultaba la esperanza de que legislativamente el derecho penal, perteneciente al mundo de las normas o del deber ser, que exige un método abstracto de interpretación de sus reglas, fuera reemplazado por una ciencia natural del ser, sometida al método de observación experimental. Fracaso que, sin embargo, no significa negar los aportes de la antropología y la sociología criminales para el derecho penal<sup>19</sup>.

Esta corriente, que tuvo enorme influjo formativo en tierras de Iberoamérica y que fuera propiciada en sus comienzos por JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>20</sup>, logró gran arraigo literario en las universidades de Buenos Aires y La Plata. Los proyectos sobre estado peligroso de 1924, 1926 y 1928 fueron manifestaciones de ese positivismo avanzado. Si bien el saber de JULIO HERRERA y el buen criterio de RODOLFO MORENO y OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, evitaron que el Código de 1922 padeciera sus excesos, la labor teórica, que no gozó de la misma suerte, se entregó a una tarea crítica, carente de valor sistemático y de trascendencia práctica. Fue SEBASTIÁN SOLER, entonces profesor en Córdoba, quien refutó a la escuela positiva de la manera más terminante<sup>21</sup>.

Al crudo positivismo de JOSÉ INGENIEROS<sup>22</sup>, JUAN P. RAMOS y EUSEBIO GÓMEZ, siguió el neopositivismo de PECO y LA PLAZA<sup>23</sup>, reflejado en el Proyecto del primero de 1941. Esta orientación conciliadora, no desconoce el carácter jurídico del derecho penal, pero doctrinaria y legislativamente pone su tónica en los aportes de la criminología.

<sup>18</sup> NUÑEZ, I, 57; FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, 4ª edición, t. I, p. 23.

<sup>19</sup> Ver GRISPIGNI, *Introduzione alla sociologia criminal*, Torino, 1928, en esp., p. 68; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo código penal argentino*, Madrid, 1928, p. 72.

<sup>20</sup> *El estado peligroso*, Madrid, 1922, y *El nuevo código penal argentino*, Madrid, 1928.

<sup>21</sup> *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Bs. As., 1929 (la 1ª ed. es de 1926) (ver *Scuola positiva*, 1927, I, 347). También, *El elemento político de la fórmula del estado peligroso* ("Revista de criminología, psiquiatría y medicina legal", 1934, N° 121). SOLER también combatió la extraña tesis del egologismo vernáculo y, en lo que fue su segundo gran servicio al país, sentó bases decisivas para la interpretación sistemática del Código Penal. Sobre su aporte, NUÑEZ, *Significado de SEBASTIÁN SOLER para el Derecho Penal Argentino*, Doctrina Penal 1980, ps. 521 y sgtes.

<sup>22</sup> *Criminología*, Madrid, 1918.

<sup>23</sup> Ver LAPLAZA, *Defensa del positivismo penal* ("Revista de psiquiatría y criminología", año V, nov.-dic. 1940, p. 455).

### III. Tercera Escuela

La conciliación a que llegaron los positivistas abrió paso a la llamada Tercera escuela del Derecho Criminal. CARNEVALE y ALIMENA fueron sus campeones en Italia, en tanto que en Alemania se constituyó la escuela de la política criminal, difundida por la Unión Internacional del Derecho Penal (VON LISZT, VAN HAMEL y PRINS), la cual aclaró y purificó sus objetivos. Estos fueron:

- a) la distinción del delito como fenómeno natural (individual y social) y el delito como ente jurídico regulado por el derecho penal;
- b) la reserva del método experimental para las ciencias penales que estudian el delito bajo el primer aspecto y la aplicación del método lógico jurídico para estudiarlo bajo el segundo aspecto;
- c) la culpabilidad del autor como fundamento de la responsabilidad criminal y su peligrosidad como criterio para determinar la sanción aplicable y el tratamiento de ciertas categorías de delincuentes temibles, y
- d) la lucha contra el delito no solamente mediante las penas, sino, también, con las medidas de seguridad.

### IV. Escuela Dogmática

#### 1. La obra de FEUERBACH

PAUL ANSELM V. FEUERBACH (1775-1833), considerado el “fundador de la moderna ciencia del derecho punitivo” y orientado por la filosofía kantiana, operó<sup>24</sup> una transformación fundamental respecto de la ciencia y de la legislación criminal, echando las bases del método dogmático para el estudio del derecho penal vigente, al aportar la idea de su sistematización mediante definiciones rígidas.

“Un código -según FEUERBACH- no sólo tiene que referir a todas las materias que corresponden a su ámbito, sino que también tiene que ordenarlas mediante conceptos determinados y exhaustivos y reglas generales”. Su idea es, consecuentemente, la sujeción del juez a la ley (*nullum crimen sine lege*), pero en contra del pensamiento dominante de la Ilustración, exige libertad para interpretarla en forma científica. Sólo así consideró posible una técnica legislativa que trabajara con conceptos y no con casuística<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Con sus obras *Revisión der Grundsätze und Begriff des positiven peinlichen Rechts* (“Revisión de los fundamentos y concepto del derecho penal positivo”) [1799-1800]; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (“Tratado de derecho penal común vigente en Alemania”), cuya 1ª ed. apareció en 1801, y la *Kritik des Kleinschrodachens Entwurfes zum Bayeschen Str. G. B.* (“Crítica al proyecto de Kleinschrot de un código penal de Baviera” [1804]).

<sup>25</sup> Sobre FEUERBACH, ver HIPPEL, *Deutsches Strafrechts*, I, Berlín, 1925, ps. 92 y ss.; MEZGER, *Tratado*, I, 55.

## *2. El objeto del método dogmático*

Al abandonarse el método exegetico, esto es, el estudio de los particulares institutos de la ley en forma aislada, sin atenerse a principios conceptuales y sistemáticos rectores, surgieron las bases para el desenvolvimiento de la escuela dogmática del derecho penal. El objeto de conocimiento de esta escuela, no son ni las notas propias de una teoría pura del derecho penal (escuela toscana), ni del delito como hecho individual y social (escuela positiva), sino el particular derecho penal vigente de un país, interpretado y expuesto sistemáticamente, con arreglo a sus propias características.

## *3. La teoría jurídica del delito y la teoría de la imputación jurídico-delictiva*

En lo que respecta a los presupuestos para la imposición de una pena, la metodología dogmática es susceptible de desenvolverse de dos maneras distintas. La predominante y tradicional es la llamada teoría jurídica del delito, que como su denominación lo indica, es la explicación del delito como institución jurídica. Esta teoría parte de la base de que el delito constituye un objeto compuesto por elementos. Estos elementos son, según lo generalmente aceptado, el hecho o acción, la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del autor. Estos elementos no están aislados, sino que, como presupuestos de la pena, funcionan sistemáticamente y en orden sucesivo, de modo que la inexistencia del precedente excluye la consideración de los siguientes.

Lo que no es tradicional en la dogmática, pero sí en la escuela toscana, es la teoría de la imputación jurídico-delictiva. Esta teoría ya no tiene por finalidad el estudio del delito como una entidad jurídica en sí, constituida por elementos, sino que el objeto de su conocimiento está constituido por las condiciones jurídicas que la ley establece como presupuestos de la pena.

Esa distinta consideración no tiene como consecuencia una diferenciación total de los temas de ambas teorías, sino únicamente, que a las condiciones consistentes en el hecho típico, la antijuricidad y la culpabilidad, consideradas como elementos constitutivos del delito por su teoría jurídica, la teoría de la imputación jurídico delictiva les agrega la de la punibilidad del hecho. La punibilidad del hecho, por no ser ni una condición para que exista el hecho, ni para que ese hecho viole la ley, ni para que esa violación se le reproche al autor, no puede ser considerada como un componente del delito. Empero, si representa un presupuesto para que al autor de un hecho antijurídico y culpable (delito), se le pueda imputar una conducta que la ley castiga en el caso concreto. El autor de un hecho definido y castigado por la ley, que ha obrado antijurídica y culpablemente, cuya acción está extinguida o respecto del cual concurre una excusa absolutoria, ha cometido un delito, pero está libre de pena por una razón legal que no elimina el delito en sí.

La escuela dogmática, que como teoría jurídica del delito, ha tenido su desenvolvimiento rector en Alemania, con gran trascendencia en los países

sometidos al predominio jurídico germano (Austria y Suiza) y en Italia, también ha penetrado en Sudamérica y en nuestro país, generando las mejores exposiciones del derecho penal. Pero, así como la utilización razonable de las aportaciones de la dogmática alemana, fueron beneficiosas porque proporcionaron cultura jurídica, su uso excesivo y hasta exclusivo, puede traer muy malas consecuencias para la autenticidad de nuestra dogmática.

#### 4. Los precursores de la teoría jurídica del delito

La teoría jurídica del delito tiene sus precursores, cuya labor posibilitó la evolución hacia el dogmatismo, de la teoría del delito que se limitaba a distinguir la imputación objetiva (*imputatio facti*) de la imputación subjetiva (*imputatio iuris*).

Sin atenernos a un orden cronológico, podemos decir que, en síntesis, la determinación inicial de los elementos del delito se produjo en la siguiente forma:

BERNER individualizó el concepto de la acción como elemento fundamental del delito, del cual los demás sólo son predicados. BINDING puso la base para el desarrollo de la antijuridicidad: el delito no viola la ley penal, que sólo establece la pena, sino los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico (teoría de las normas). BELING señaló la característica de la tipicidad del delito y desarrolló la teoría del tipo delictivo como punto de referencia de la antijuridicidad y culpabilidad penal. Antes, ADOLFO MERKEL había definido la culpabilidad en su forma dolosa y culposa, ubicándola bajo el concepto general de determinación de la voluntad contraria al deber<sup>26</sup>.

#### 5. Las etapas del dogmatismo

Esos elementos o características jurídicas del delito han tenido distinto tratamiento estructural y sistemático en las tres etapas del dogmatismo jurídico-penal, a saber: el positivismo jurídico o científico, la dirección normativa o teleológica y el finalismo.

#### 6. Positivismo jurídico o científico

El *Positivismo jurídico o científico* se atiene a la interpretación del derecho positivo, considerado como un sistema dotado de plenitud y excluyente tanto de la complementación filosófica como de la psicológica o sociológica.

Esta dirección dogmática toma como elementos fundamental del delito la acción en sentido natural (comportamiento corporal voluntario). Al tipo lo concibe como pura descripción de los caracteres objetivos del hecho delictivo, separado de su antijuridicidad, concebida objetivamente, y de la

<sup>26</sup> Sobre cómo la mentalidad alemana puede complicar todo esto, véase BACIGALUPO, *Sobre la teoría de las normas y la dogmática penal* ("El Derecho", 15 de febrero de 1975).

cual sólo es un indicio; y separado también de la *culpabilidad* del autor, que sólo representa la relación psicológica de aquél con el hecho delictivo, y cuyas especies son el dolo y la culpa, que tienen como presupuesto la *imputabilidad* (capacidad delictiva).

El *Tratado de derecho penal* de v. LISZT y el *Esquema de derecho penal* de BELING son productos del positivismo jurídico.

### 7. El normativismo o teleologismo

Para la dirección normativa o teleológica, que se inspira en la filosofía del neokantismo, el derecho penal se desenvuelve con arreglo al método científico-espiritual del entendimiento y apreciación de los sucesos con arreglo a fines y valores. El teleologismo representó una reacción frente al formalismo legal de la teoría expuesta por el positivismo jurídico.

La nueva corriente sustituyó el concepto natural de acción, libre de significación valorativa, por el de la acción como conducta humana valorizada de determinada manera. El tipo dejó de ser mirado como puramente descriptivo, asignándosele una función valorativa, y de esta manera, ya no representó, como en el positivismo, un indicio de la antijuricidad (*su ratio cognoscendi*), sino que se convirtió en el elemento del delito portador de ella (*su ratio essendi*).

Por consiguiente, ya no se habló de “tipo penal”, sino de “tipo de injusto”, que no expresaba sólo la descripción legal del bien jurídico lesionado. Más aún, el tipo, a la par de los elementos objetivos referidos a estados y procesos externos, determinables espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos y mencionados descriptivamente por la ley, según la concepción del positivismo jurídico, comprende ahora elementos subjetivos (ánimicos, por ej., la intención de apropiarse en el hurto o el *animus iniuriandi*) y elementos normativos (valoraciones de situaciones de hecho, v. gr., la ajenidad de la cosa; la peligrosidad de la conducta o la imprudencia de ella).

A la *antijuridicidad*, que dejó de ser mirada sólo en el sentido formal de oposición del hecho a lo ordenado por la norma jurídica, se le asignó un contenido material consistente en la lesión de intereses sociales; y de esta manera, lo antijurídico ya no se define simplemente como lo contrario a una disposición legal, sino como lo socialmente perjudicial, dando lugar, así, a la justificación suprallegal, que funciona mediante el principio general de evaluación de los intereses sociales en juego.

Por último, la culpabilidad también fue considerada valorativamente. Por lo tanto, dejó de estar representada por las dos especies de vinculación psicológica del autor con el hecho delictivo (dolo y culpa), las cuales ya no representan especies de culpabilidad, sino elementos de ella, junto con el elemento valorativo o normativo representado por la posibilidad de exigirle al autor otra conducta distinta de la observada y menos dañosa (exigibilidad de otra conducta). La imputabilidad del autor, que ya no es mirada como un

presupuesto de la culpabilidad, sino que también la integra como elemento suyo y las circunstancias concomitantes, constituyen la base para el juicio de exigibilidad y de este modo, de la reprochabilidad, en que se hace consistir la culpabilidad: si al autor le era exigible una conducta distinta, su conducta es culpable porque le es reprochable.

EDMUND MEZGER, JAMES GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL son representantes del normativismo.

### 8. El finalismo

Al último vuelco en el desenvolvimiento de la teoría jurídica del delito lo dio el finalismo. Aquí también el nuevo punto de vista, que trae transformaciones radicales en lo que atañe al contenido de cada uno de los elementos del delito, se debe a la posición filosófica de sus sostenedores.

El finalismo, lo mismo que el positivismo científico y el normativismo, asienta su sistemática sobre su particular concepto de la acción. Esta doctrina, que abandona el ámbito espiritual de los valores sobre el que erigió su sistema la corriente teleológica, implica un retorno a la realidad como base necesaria para construir, partiendo de la acción, la teoría jurídica del delito. WELZEL, fundador y uno de los campeones del finalismo, partiendo de la estructura ontológica (prejurídica) de la acción, la considera como una de las "estructuras lógico objetivas" ("Sachlogische Strukturen"), esto es, como la especial constitución de las materias reguladas por el derecho, presupuestas por éste y de las cuales necesariamente debe partir la legislación.

Así, edificando el concepto de la acción con arreglo a la "naturaleza de la cosa" ("Natur der Sache"), el finalismo llega a la conclusión de que las normas del derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales determinados por una voluntad ciega, esto es, independiente de lo que el autor haya querido, según concibe la acción la teoría causal, sino que únicamente puede ordenar actos determinados conscientemente a objetivos señalados de antemano, o prohibir la omisión de actos de esa clase, pues sólo esos actos y omisiones guiados por una finalidad del autor, constituyen acciones humanas gobernables por el derecho (teoría de la acción finalista)<sup>27</sup>.

La consecuencia fundamental respecto de la sistemática anterior, es que el dolo, vale decir, la voluntad finalista de acción, ya no pertenece sólo a la

<sup>27</sup> WELZEL. *El nuevo sistema de derecho penal* -Una introducción a la acción finalista, Barcelona, 1964, Prólogo a la Cuarta edición y el cap. I; íd., *¿Un mal entendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)*, en la "Revista de derecho penal y criminología" N° 4, 1968, p. 7; íd., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 8ª ed., Berlín, 1963, ps. 28 y ss.; íd., *Derecho penal*, Parte general, traducción del alemán por el Dr. CARLOS FONTÁN BALESTRA con la colaboración de Eduardo Friker, Bs. As., 1956, Prólogo del autor para la edición española, y § 7. También la 11ª edición de esta última obra, traducida por BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, 1970, y MAURACH, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1962, t. I, ps. 182 y ss.



culpabilidad del autor sino, también y en primer lugar, al tipo delictivo, que no es otra cosa que un tipo de acción receptado por el derecho penal. El tipo delictivo ya no es considerado como el injusto típico, es decir, como un caso de antijuridicidad tipificada, porque, a diferencia de lo que sucede en la corriente teleológica, no se lo mira como portador de la antijuridicidad, sino que independientemente de ella, volviendo en alguna medida a BELING, se considera que su función es la de describir objetivamente la materia de la prohibición (la conducta prohibida) aunque en atención a su función seleccionadora de las conductas jurídicas relevantes para el derecho penal, el finalismo también le atribuye al tipo una función valorativa<sup>28</sup>.

La función esencial que el finalismo de WELZEL le asigna a la acción concebida finalísticamente, repercute igualmente en la antijuridicidad: la *antijuridicidad* material de la acción ya no se asienta sólo en su perjudicialidad social, sino, también, en la voluntad de actuar del agente. Así, la materia de la antijuridicidad depende a la vez que del disvalor del resultado (la lesión del bien jurídico), del disvalor del acto como tal. Se habla, entonces, de un concepto personal de lo injusto<sup>29</sup>, que traduce una forma de conducta “socialmente inadecuada”, por constituir una grave infracción de la vida social en el respectivo momento histórico<sup>30</sup>.

La teoría finalista repercute igualmente en la estructura de la culpabilidad. El *dolo*, que para las teorías psicológica y normativa -salvo, para ésta, el caso de los elementos subjetivos del tipo penal- sólo hacía parte de la culpabilidad, es dividido ahora y diferenciado de la conciencia de la antijuridicidad: la voluntad de acción integra, como *dolo*, la acción, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad constituye el objeto del reproche de culpabilidad. Como consecuencia de la separación del *dolo* y de la conciencia de la antijuridicidad, se transformó, también, la teoría del error: la distinción entre error sobre el tipo, que excluye el *dolo*, y la teoría del error sobre la prohibición del hecho, que excluye la conciencia de la antijuridicidad y que funciona según el criterio de su evitabilidad o inevitabilidad. Únicamente en el segundo caso desaparece el reproche de culpabilidad.

No menos importante fue el sentido que el finalismo le asignó a la participación: la tesis de que la participación era accesoria del delito principal y no de la culpa de su autor, fue sustituida por la de que sin el *dolo* de éste no puede existir participación, porque, en tal caso, desaparece el tipo del hecho principal<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> WELZEL, *El nuevo sistema* cit., cap. II.

<sup>29</sup> WELZEL, *El nuevo sistema* cit., p. 67; *id.*, *Das deutsche Strafrecht*, 8ª ed. cit., § 11, II; MAURACH, *Tratado*, t. I cit., p. 264.

<sup>30</sup> WELZEL, *El nuevo sistema* cit., p. 53; *Das deutsche Strafrecht* cit., § 14 I, 3; MAURACH, *ob. cit.*, p. 348.

<sup>31</sup> JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* cit., p. 149; WELZEL, *El nuevo sistema* cit., caps. V y VIII.

## Capítulo V

### EL ÁMBITO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

La teoría de la imputación jurídico-delictiva (o, según la opinión general, la teoría jurídica del delito), debe edificarse ciñéndose a distinciones claras. Por un lado, el derecho (el deber ser) tiene por objeto el mundo real (el ser), pero éste y aquél no son la misma cosa. La diferencia no se limita a la separación de sus respectivas naturalezas, sino a su funcionamiento y a los medios de que respectivamente se valen. Por su naturaleza normativa, el derecho funciona valiéndose de los principios y preceptos que estructuran las normas jurídicas, sin recurrir a los aportes de otra índole, como son, por ej., los de la sicología y sociología o los de las ciencias culturales en general.

Por otro lado, una cosa es la ciencia jurídica, cuyo fin es la búsqueda de reglas jurídicas justas, no condicionadas por las decisiones de un legislador particular, y otra la ciencia de un derecho dado, vigente en un lugar y tiempo determinados, estructurado según los principios y reglas establecidos por un legislador particular con arreglo a una determinada concepción histórica y cultural.

Por último, algo distinto de la objetiva inteligencia del derecho positivo, son los puntos de vista doctrinarios elaborados por los eruditos sobre la base de sus propias filosofías y aspiraciones. El derecho positivo no es una materia fluctuante, compatible con la interpretación libre y creadora, sino un sistema normativo con su propio contenido. Lo perfectible doctrinaria y jurisprudencialmente, no es ese contenido, sino su interpretación. Muchas veces, la tarea del juez y la del intérprete demanda el sacrificio de las propias ideas y aspiraciones a las del legislador.

La teoría dogmática sólo puede alimentarse del derecho vigente. Todas las elaboraciones que se hagan de *lege lata* deben extraerse de la ley: *non ex regula jus sumatur se dex jure quo dest regula fiat* (Paulo, fr. I, Dig., 1.17).

Para el método dogmático es un dogma el principio de la plenitud del orden jurídico estatuido. Esta afirmación no importa negar que el derecho vigente, no la dogmática, tenga por objeto el mundo real, pues su punto de referencia son las conductas de los hombres. Pero sí importa sostener que la

sistematización dogmática debe adecuarse a la que ha estructurado el legislador, y no a la que resulte de las evoluciones escolásticas, porque éstas muestren un orden penal más justo que el legislado, que deje ver los defectos e injusticias de éste.

No puede caber duda que una ley represiva que funcionara con arreglo a la "cláusula de conciencia"<sup>1</sup>, resultaría un ideal no alcanzado por un Código penal que, como el nuestro, mediante la restricción de la ignorancia y error exculpatorios a los que recaen sobre los hechos, ha excluido el examen probatorio o desaprobatorio de los miembros de la comunidad respecto del valor ético y de la justicia y oportunidad del precepto represivo en sí mismo. Pero no por esto, el orden establecido por el Código Penal dejaría de representar el derecho vigente y de ser la ley aplicable por los jueces para decidir sobre la suerte de los imputados<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Según la cual la validez y obligatoriedad del derecho y su propia existencia, depende de la aprobación de la conciencia de los miembros de la comunidad jurídica. Ver WELZEL, *Ley y conciencia*, en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, p. 67.

<sup>2</sup> "Aunque la leyes de la República, en materia criminal, pueden considerarse rezagadas con relación a las de otros países, a ellas, sin embargo, deben ajustarse los jueces, no a prácticas o costumbres extrañas por dignas que sean de imitación" (C. S. de la Nación, 22-III-879, *Fallos*, t. 21, p. 121). Muchas de nuestras diferencias con las interpretaciones finalistas del Código penal, tienen su razón en la creencia de que las teorías alemanas, en las que se ve la verdad científica, valen en contra de la letra y del espíritu de las disposiciones del Código.

Segunda Parte

**TEORÍA DE LA LEY PENAL**

I. LA LEY PENAL



## Capítulo I

### **LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD<sup>1</sup>**

#### *I. Concepto de fuente del Derecho Penal*

El concepto de fuente del derecho penal tiene distintas acepciones. En primer lugar, es posible hablar de fuente sustancial y de fuente formal del derecho penal. La fuente en sentido sustancial se refiere al origen de los preceptos represivos. Estos, en lo que atañe al derecho penal común, tienen su origen legítimo en las lesiones o posibles agresiones a intereses socialmente valiosos, en tanto que las penalidades contravencionales y las disciplinarias la tienen, respectivamente, en la protección del orden de la actividad administrativa y en la protección del orden disciplinario estatal.

<sup>1</sup>Al concepto de fuente del derecho penal en sentido formal se le atribuye comúnmente un doble significado: por un lado, el de fuente de manifestación o de conocimiento del derecho penal; y por otro, el de fuente de producción del derecho penal. En nuestro derecho positivo, la primera está representada por la ley penal, y la segunda por el Poder Legislativo.

El derecho escrito y el derecho consuetudinario pueden ser las fuentes de manifestación de un ordenamiento jurídico, pero después de la instauración del Estado de derecho y del establecimiento de las garantías constitucionales, sólo el primero fue reconocido como fuente legítima del derecho penal.

Con arreglo a nuestro derecho positivo, la ley, como norma escrita y general, sancionada y promulgada como tal, es la única fuente del derecho penal. La *costumbre*, la *jurisprudencia* y la *doctrina* no pueden constituir, ampliar o restringir la ley penal. La Constitución Nacional reconoce como *fuentes de producción* de la ley, a los poderes legislativo y ejecutivo en labor conjunta. El Poder Legislativo tiene la facultad de sancionar la ley y el Ejecutivo el de promulgarla.

<sup>1</sup> NUÑEZ, I, 95 y 121; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 205 y 285; FONTÁN BALESTRA, I, § 11; SOLER, I, § 13.

En el régimen federal de la Constitución Nacional, son órganos legislativos en sus respectivas esferas de acción, el Congreso Nacional<sup>1 bis</sup>, las legislaturas provinciales y los consejos municipales, y a su vez, las facultades ejecutivas corresponden, respectivamente, al Presidente de la Nación, a los gobernadores de las provincias y a los intendentes municipales.

La muy frecuente sustitución por obra de la fuerza, del régimen constitucional por un régimen de facto, ha traído como consecuencia que, con el reconocimiento de los tribunales de justicia, al Poder Ejecutivo Nacional se le reconozcan las facultades de sancionar y promulgar las leyes de carácter nacional y la de autorizar la sanción y promulgación de las leyes locales por los interventores provinciales. Negada al P. E. en el régimen de facto de 1943, la facultad de dictar leyes penales<sup>2</sup>, la facultad le fue reconocida durante el régimen constitucional peronista<sup>3</sup>, el de facto de 1955<sup>4</sup> y los ulteriores<sup>5</sup>.

La diferencia que media entre la fuente constitucional de producción del derecho penal y la fuente de *facto* no reside sólo en la diferencia de los órganos que gozan de la facultad legislativa, sino, también, en los procedimientos para la sanción de la ley. El procedimiento constitucional para la formación y sanción de las leyes permite su discusión pública por Poderes distintos y por personas representativas de distintos sectores del pueblo, en tanto que el sistema propio del régimen de facto, restringe la elaboración de la ley al ámbito privado de los cenáculos de un mismo Poder.

## II. La ley penal

La ley penal es obligatoria después de los ocho días siguientes a su publicación en la forma oficialmente dispuesta; esto es, por su publicación en los boletines oficiales respectivos, si la ley no designa otro trámite para su obligatoriedad<sup>6</sup> y no dispone otra forma distinta de publicación.

La seguridad jurídica ínsita en el principio constitucional de reserva exige que la publicación se haga en forma escrita. La ley penal publicada rige por el tiempo que ella determina o mientras no sea derogada expresa o implícitamente, total o parcialmente, por otra ley (C.C., 17).

<sup>1 bis</sup> Cuyas facultades tienen límites, porque no se trata sólo, por ejemplo, de que el Congreso de la Nación no puede avanzar sobre materias reservadas a las provincias, sino, también, que así como no puede el P. E. ejercer funciones judiciales, tampoco puede hacerlo el Congreso, al legislar, como lo hizo en la ley 23.521. Véase NUÑEZ, *¿Son limitadas las facultades del Congreso?*, Doctrina Penal 1987, p. 393 y sgtes. Esta ley (derogada por imperio de la ley 24.952 -B.O. del 17-IV-998-), junto a la 23.492 que fijó un plazo de 60 días para la extinción de las acciones penales por crímenes cometidos en ocasión de la llamada guerra sucia, fueron consideradas incompatibles con el derecho de justicia, por la Comisión Americana sobre Derechos Humanos, según informe n° 28/92.

<sup>2</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 169, p. 309; t. 178, p. 311; t. 204, ps. 345 y 359.

<sup>3</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 208, p. 562; t. 210, p. 281; ps. 1104 y 1833.

<sup>4</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 240, ps. 223, 229 y 237.

<sup>5</sup> La C.S. de la Nación, 21-XII-940, *El Derecho*, t. 35, fallo 17.377, no le pone límites a las facultades legislativas del gobierno de *facto*.

<sup>6</sup> En el orden nacional, ver C.C., 2 (Ley 16.504); Ley 16.997 y Decreto del 2-V-893.

La ley que así rige es una *ley permanente*. La ley penal es *temporal* si determina el tiempo de su vigencia. Es *excepcional*, si ha sido dictada para regir una situación determinada y transitoria.

La *derogación* de una ley por otra es expresa si está dispuesta por la propia ley derogante. Es implícita o tácita si, en razón de la identidad de sus materias, implica la exclusión de la anterior (*lex posterior derogat priori*); o si, no regulando la misma materia, la ley vieja es incompatible con la nueva (*leges posterioris priores contrarias abrogan*).

El *texto legal obligatorio* es el texto auténtico publicado oficialmente; otro texto o el publicado en otra forma, no es ley y, por consiguiente, no obliga (C.N., 19)<sup>6 bis</sup>.

### III. El federalismo y la ley penal

El sistema federal establecido por la C. N., art.1, implica tres órdenes de gobierno: a) El Gobierno Federal, con jurisdicción en todo el territorio de la Nación sobre las materias que las provincias le han delegado por medio de la Constitución Nacional; b) los gobiernos provinciales, con jurisdicción en sus respectivos territorios, sobre las materias que conservan las provincias por no estar delegadas al Gobierno Federal (C. N., 121); c) los gobiernos municipales, con jurisdicción en los respectivos municipios sobre las materias de esta índole que les han delegado las constituciones y leyes locales.

Consecuentemente, las leyes penales, de acuerdo a su fuente de producción, pueden ser: a) leyes nacionales (el Código penal; C. N. 75, inc. 12º, y 126) o federales (leyes especiales del Congreso o leyes nacionales o federales; C. N., 75, incs. 1º, 2º, 3º, 10º, 14º 18º y 32º); b) leyes provinciales, que tienen su fuente en los poderes conservados de policía general y rural (C. N., 121)<sup>7</sup> y en la protección de las propias instituciones administrativas provinciales (C. N., 122); c) leyes municipales (ordenanzas) represivas, dictadas por las municipalidades en la esfera de los poderes de policía que les delegan las provincias<sup>8</sup>. La jurisprudencia superior ha reconocido explícitamente estas tres fuentes del poder de sancionar leyes<sup>9</sup>.

En los acostumbrados períodos de *facto*, el Gobierno Federal absorbe, en realidad, la totalidad del poder legislativo penal, sea sancionando las leyes nacionales y federales, sea autorizando la sanción de las locales.

<sup>6 bis</sup> La C.S. de la Nación, 4-IV-973, *Fallos*, t. 275, p. 374, admite la obligatoriedad de la ley no publicada, es decir, de una ley inexistente para los gobernados.

<sup>7</sup> La C. S. de la Nación ha reconocido constantemente esta facultad legislativa, aunque, indebidamente, la considera un remanente de la facultad represiva del Congreso Nacional (*Fallos*, t. 175, p. 235; t. 176, p. 315; t. 191, p. 245; t. 198 p. 139).

<sup>8</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 179, p. 54; t. 176, p. 337; Constitución de Córdoba, 187.

<sup>9</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 147, p. 307.



#### IV. Principio de legalidad de la represión<sup>10</sup>

El principio de legalidad de la represión, que por sus consecuencias traduce la función de garantía individual que tiene la ley penal, es una de las más decisivas superaciones del principio "*Quid quid principis placuit habet vigorem*" y tiene su raíz profunda en el sistema representativo, basado en la soberanía popular y en la separación, correlación y armonía de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial<sup>11</sup>.

El principio está consagrado como garantía penal por la siguiente cláusula del art. 18 de la C.N.: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"<sup>11 bis</sup>. La Constitución establece así la garantía, propia del derecho penal liberal, del *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*.

La regla mencionada adquirió la categoría de una garantía política superior, limitadora y rectora de la legislación penal, en el derecho constitucional norteamericano (1776) y en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa. En el primero, de donde la recibió la C. N., la regla se expresó mediante la prohibición de las leyes *ex post facto*. En la segunda, la expresó la declaración de que "*Null ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*" (art. 8).

El principio de legalidad de la represión traducido por la regla *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*, significa que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe (C. N., 19). De ahí nace, en primer lugar, la necesidad de que exista una ley que, configurando la infracción, mande o prohíba algo, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Pero, según el mismo precepto, para que al violador de esa norma se le pueda aplicar una sanción penal, es preciso, además, que al lado de la infracción configurada, exista al mismo tiempo una sanción destinada para el violador<sup>12</sup>.

FEUERBACH, a la vez que señaló la fórmula de la garantía mediante el proverbio *nullum crimen nulla poena sine lege*, con su teoría de la coacción psicológica proporcionó su fundamento jurídico subjetivo, según el cual para

<sup>10</sup> NUÑEZ, I, 91 y 105; *id.*, "El origen de la ley y la garantía de legalidad" ("La ley", t. 54, p. 305); JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 327.

<sup>11</sup> C. S. de la Nación, Fallos, t. 204, p. 345.

<sup>11 bis</sup> También lo establece la Constitución en el art. 75 inc. 22 y los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>12</sup> C. S. de la Nación, Fallos, t. 195, p. 245.

que la pena cumpla su función de coaccionar síquicamente a sus destinatarios, es preciso que el delito y la pena se hallen definidos por la ley escrita. El principio carrariano de que el delito no es una acción, sino una infracción a la ley del Estado, proporcionó, a su vez, el fundamento jurídico objetivo de la garantía. Por otro lado, ésta encuentra su razón política en la seguridad de los gobernados frente a la acción de los gobernantes<sup>13</sup>.

### 1. Consecuencias del principio de la legalidad de la represión

De la garantía de la legalidad de la represión, propia de la forma republicana de gobierno (C. N., 1º), derivan, como consecuencias, la indelegabilidad de la facultad legislativa penal, el principio de reserva penal con sus presupuestos (la tipicidad del hecho punible, la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía y la irretroactividad de la ley penal) y la predeterminación legal de la pena aplicable.

### 2. Indelegabilidad de la facultad legislativa penal

La garantía de la legalidad implica en el régimen republicano, que supone al división de los poderes de gobierno, que el Poder Legislativo no puede pasar el ejercicio de su poder de sancionar la ley penal, ni al Poder Ejecutivo ni al Judicial.

La facultad reglamentaria del P. E. (C. N., 99, inc. 2º), no significa una excepción a esa indelegabilidad. Esa facultad reglamentaria no consiste en otra cosa que en la autoridad que tiene el Ejecutivo para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley<sup>14</sup>. Pero la definición de la infracción y la determinación de la pertinente pena, no representan pormenores o detalles indispensables para la ejecución de la ley penal, sino la esencia de ella. Resulta claro, por consiguiente, que el P. E. so pretexto de su facultad reglamentaria, no puede sustituir al Legislativo como titular de la facultad represiva penal<sup>15</sup>.

El reglamento ejecutivo de la ley penal debe operar *intra legem* y no *extra* o *contra legem*, pues de otra manera, a la vez que desconocería la prelación de la ley respecto de su reglamento ejecutivo, alteraría el espíritu de aquélla, contrariando lo dispuesto por la C. N. en su art. 28.

Las llamadas *leyes penales en blanco* tampoco constituyen una excepción a la regla de la indelegabilidad. Estas leyes, cuya denominación fue puesta

<sup>13</sup> El autoritarismo nacional-socialista alemán, despreciando esa seguridad en aras de la seguridad del Poder, sustituyó la fórmula liberal "*nullum crimen sine lege*" por la de "*no hay crimen sin pena*" (Ley del 28-VIII-935, modificatoria del § 2 del Código penal alemán (JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, p.94).

<sup>14</sup> C. S. de la Nación, Fallos, t. 148, p. 430.

<sup>15</sup> C. S. de la Nación, 17-V-957, La Ley, t. 88, p.254.

en circulación por KARL BINDING (BLANKETTSTRAFGESETZE [leyes penales, en blanco] u *offene Strafgesetze* [leyes penales abiertas]), son leyes que refieren una pena determinada a un género de infracciones cuyos contenidos específicos dependen de lo dispuesto por otras normas jurídicas. Son leyes cuyo tipo es abierto, porque debe ser complementado, mediante la definición de las especies que comprende, por otro acto legislativo o por otra instancia legislativa. Estas leyes son propias de aquellas materias que, como las sanitarias, debido a su contenido fluctuante, requieren una regulación flexible. El art. 206 del C.P. es una ley penal en blanco.

Las leyes de esta especie se mantienen en el marco de la legalidad repressiva exigida por la división de los poderes, si su complemento está establecido por una ley en sentido constitucional, o por un reglamento del Poder Ejecutivo, que en la configuración concreta de las particulares infracciones, no exceda el marco de lo definido y alcanzado por la ley principal. Esto sucede, por ejemplo, en los tipos legales de los arts. 143, inc. 4º y 206 del Código penal, que se limitan a reprimir conductas genéricamente determinadas, quedando a cargo de la reglamentación administrativa sólo la individualización de las especies comprendidas en dicho género.

Por consiguiente, mientras los reglamentos ejecutivos se constriñan a operar *intra legem*, desenvolviendo las individualidades del género legalmente determinado, no serán violatorios de la garantía de legalidad. Distinto es el caso, que no era poco frecuente en nuestra desarreglada actividad legislativa, de las disposiciones legales que, sin determinar genéricamente la conducta punible, se limitan a declarar punibles los actos u omisiones contrarios a los reglamentos dictados en su consecuencia (Ley de Ferrocarriles Nacionales nº 2873, arts. 91, 92, 93). Estas leyes eran inconstitucionales, porque remitían la determinación de lo punible a la instancia reglamentaria, incurriendo, así, en una delegación prohibida.

### 3. Principio de reserva penal y sus presupuestos

El principio de reserva penal, está ínsito en la garantía de la legalidad de la represión. Esta presupone que el ámbito de lo punible debe estar determinado exhaustivamente por la ley, y que todo lo que queda al margen de ese ámbito está reservado como esfera de impunidad, por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean los hechos cometidos.

El principio de reserva presupone como condiciones de su existencia, las siguientes:

- a) La determinación legal de los hechos punibles;
- b) La determinación legal de las penas correspondientes;
- c) La prohibición de la analogía;
- d) La irretroactividad de la ley penal.

## A. DETERMINACIÓN LEGAL DE LOS HECHOS PUNIBLES

La separación de lo que es punible de lo que no lo es, representa una condición básica del principio de reserva penal. Ella se logra mediante el acuñamiento de un *numerus clausus* de hechos punibles.

Los hechos punibles no se confunden con los tipos delictivos (tipos penales o legales o figuras delictivas), que tienen una función principalmente sistemática. El hecho punible no se limita a la definición formal de los hechos delictivos, sino que comprende todos los presupuestos legales de la pena como son el disvalor jurídico del hecho definido (su antijuridicidad), la reprochabilidad a su autor (su culpabilidad) y la posibilidad de su castigo en el caso concreto (su punibilidad)<sup>16</sup>.

## B. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA

Para excluir la arbitrariedad de la represión no basta el acuñamiento legal de los hechos punibles, sino que es necesario que el principio *nullum crimen sine lege* se complemente con el de *nulla poena sine lege* (C.N., 18).

Esa garantía, que excluye las penas extraordinarias admitidas por las antiguas legislaciones<sup>17</sup> -que eran penas supletorias del derecho escrito en los casos de hechos que habían escapado a la prohibición de la ley-, no se satisface con la simple declaración legal de que el hecho debe ser castigado o que merece una pena, sino que demanda la determinación concreta de la pena conminada para cada delito. Esto requiere que la pena esté directamente referida al respectivo hecho delictivo y que esté individualizada por su especie y medida.

La individualización no exige, tratándose de penas medibles por razón del tiempo, que su finalización esté predeterminada, sino que basta que la ley señale si la pena es temporal o perpetua, y en el primer caso, si su duración es determinada o indeterminada, con arreglo al cumplimiento de ciertas condiciones.

En cambio, las penas medibles en razón de su cantidad deben estar siempre determinadas en su monto. Esta exigencia no se contradice porque su monto dependa de cálculos a realizar sobre bases preestablecidas, como sucede si la cantidad de la multa se hace depender del monto del perjuicio pecuniario causado por el delito, o se adopta el criterio del día multa<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Los alemanes distinguen ahora el tipo-garantía, consecuencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y el tipo elemento del delito con significado y función sistemáticos. Ver BACIGALUPO, *Fundamentación del concepto del tipo penal en la dogmática argentina*, I ("Jornadas internacionales de derecho penal", Buenos Aires, 1971, p. 13).

<sup>17</sup> CARRARA, *Reminiscenze di cattedra e foro*, 2ª ed., Firenze, 1903, p. 203.

<sup>18</sup> Ver Proyecto de 1960, art. 59; Proyecto de 1973, art. 61 y Proyecto de 1974, art. 32.

## C. PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL POR ANALOGÍA

Otro presupuesto del principio de reserva penal es la prohibición de que la ley de esta especie se aplique por analogía. En esta parte el derecho penal y el derecho civil se rigen por principios muy distintos, pues este último, que no está gobernado por el principio de reserva de responsabilidad, sino por el de su plenitud (C. C., 15), admite la aplicación de la ley por analogía (C. C., 16).

En virtud de la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía, al Poder Judicial le está vedado castigar un hecho por su analogía con otro que la ley castiga (*analogía legal*) o por analogía de la necesidad de protección en el caso concreto (*analogía jurídica*).

La analogía legal conduce a la aplicación de la pena conminada por la ley para un determinado tipo delictivo, a otro hecho que no se adecua al previsto en dicho tipo, pero respecto del cual, por la semejanza de las respectivas situaciones, existe la misma razón para castigarlo (*ubi eadem ratio, ibi debedesse eadem juris dispositio*). Por ejemplo, aplicarle la pena que el art. 193 del código penal, conmina para “el que arrojase cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha”, al que los arroja contra un ómnibus<sup>18 bis</sup>.

La *analogía jurídica* no parte de la semejanza del hecho tipificado por la ley penal con el no tipificado, sino que, en razón de la exigencia de protección de un interés por una razón política, a un hecho no tipificado penalmente se le aplica la pena correspondiente al tipo delictivo de significación más semejante. Aquí funciona el principio de que la similitud de la necesidad de protección, es una razón para castigar con arreglo a la ley que reprime el hecho de significado más parecido, otro hecho no previsto legalmente como delito. V. Gr., de acuerdo al derecho nazi, la defensa de la pureza de la raza autorizaba el castigo de la omisión del aborto de una mujer judía, con la pena establecida para la unión de un ario con ella.

La prohibición de la aplicación por analogía de la ley penal sólo rige cuando perjudica al imputado (*analogía in malam partem*). Tal es la que fundamenta la imposición de la pena o el agravamiento de la situación del imputado o condenado. Por el contrario, porque las garantías constitucionales, como la involucrada en el caso (C.N., 18), funcionan en beneficio y no para

<sup>18 bis</sup> Tratándose de una analogía legal y siempre que exista la misma razón para castigar o no, la aplicación analógica de la ley requiere que esté presente la base ineludible del principio, es decir, que medien hechos, casos o situaciones en sí mismos semejantes. En el caso resuelto por la Cámara de Acusación de Córdoba el 29/XII/978 (*Semanario Jurídico* del 17/IV/979), en el que estaba de por medio la aplicación analógica de la excusa absolutoria del art. 132 C.P., no existía esa base, porque la reconciliación entre cónyuges no es semejante y, por tanto, equiparable, a la situación a que alude el art. 132. NUÑEZ, *La excusa del art. 132 y la reconciliación entre esposos*, nota a fallo, *Semanario* cit., p. 88

perjudicar al imputado<sup>18 ter</sup>, es admisible la aplicación de la ley penal por *analogía in bonam partem*, vale decir, la que se hace para excluir o minorar la pena o mejorar la situación del interesado: así, para eximir de castigo a los contraventores de leyes policiales locales, se han aplicado por analogía las reglas del Código penal sobre prescripción y causas de inimputabilidad.

#### D. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

El principio de reserva penal, que implica la existencia de una esfera de impunidad en todo lo que no está definido como punible por la ley penal, presupone que nadie puede ser penado si una ley anterior al hecho que se le imputa no lo castiga. El artículo 18 de la C.N. (también, el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), es muy claro en este sentido: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. La prohibición de la ley penal *ex post facto* tiene, así, el carácter de una garantía constitucional.

De esa garantía deriva, como lógica consecuencia, la irretroactividad de la ley penal. Esta significa la prohibición de castigar un hecho o de agravar la situación de un imputado o condenado por la aplicación de una ley de vigencia posterior al momento de la comisión de ese hecho.

Por el contrario, en beneficio del imputado rige el principio legal de la retroactividad y de la ultractividad de la ley penal más benigna, que antes de la reforma constitucional de 1994, era una garantía puramente legal, es decir, establecida por el legislador (C.P., 2) que, por tanto, podía suprimirla. Empero, luego de la incorporación al art. 75 inc. 22 de la C.N. de ciertos tratados internacionales, se trata de una garantía constitucional<sup>18 quater</sup>.

<sup>18 ter</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones Generales del Código Penal*, p. 25, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988; en esa línea, CARLOS CREUS, *Derecho Penal*, Parte General, p. 61, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, porque la analogía *in bonam partem* no limita la libertad que resguarda la garantía que representa el principio de legalidad, sino que la amplía. Admitida en este caso la aplicación analógica de la ley, desde el punto de vista de la jurisdicción, constituye un presupuesto que se trate de una ley cuya aplicación incumba al Tribunal. Cfr. NÚÑEZ, *Un presupuesto de la aplicación de la ley penal por analogía*, nota a fallo, *Semanario Jurídico* n° 63, del 21/XI/78, p. 329. Sobre el sentido garantista del Derecho penal, véase DE LA RUA, *El Derecho Penal como sistema de garantías*, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, n° 1, 1995, p. 115, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

<sup>18 quater</sup> Sobre los tratados incorporados, véase DE LA RUA, *Código Penal Argentino*, Parte General, p. 51, pár. 9, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1997. La C.N. admite, sin embargo, la denuncia de aquellos tratados, según el procedimiento que establece el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, última parte.

La irretroactividad de la ley penal más gravosa funciona respecto a todo el contenido del tipo delictivo y a todas las condiciones positivas y negativas de su punibilidad<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> La idea de que el momento valorativo de la norma penal que determina el juicio de antijuridicidad de la conducta, no debe ser necesariamente anterior a ese juicio (SPOLANKY, *Nullum crimen sine lege, error de prohibición y fallos plenarios*, en *La Ley*, t. 124 nota al fallo 36.963), deja abierta la posibilidad de que la supresión o restricción de una causa de justificación en la ley posterior tenga por resultado el castigo de un hecho justificado por la ley anterior.

## Capítulo II

### INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

#### I. Resguardos frente a sus excesos<sup>1</sup>

Los abusos cometidos con anterioridad al siglo XVIII so pretexto de interpretación de las leyes penales, llevaron al extremo de que la reacción liberal prohicara la prohibición de interpretar las leyes penales. Así lo hicieron BECCARIA, MONTESQUIEU y VOLTAIRE<sup>2</sup>. Las legislaciones no se mantuvieron ajenas a este punto de vista. Según el Proemio al *Corpus Iuris Fridericiani* (1749-51), se prohibía bajo graves penas el comentario sobre “el total Derecho particular o sobre parte de él”. Las Observaciones sobre el Código penal para el reino de Baviera, en la Ordenanza del 19 de octubre de 1813, prohibían la redacción de otros comentarios y mandaban a los tribunales de justicia y a los profesores de sus universidades atenerse exclusivamente al texto de la ley, utilizando las Observaciones<sup>3</sup>. Nuestro país no se mantuvo al margen de ese criterio restrictivo. Por ejemplo, se atuvieron a él, el Reglamento Provisorio de 1817<sup>4</sup> y el Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba (30-I-821), cuyo artículo 6º disponía que toda sentencia en causas criminales para que se reputase válida, debía ser pronunciada por el texto expreso de la ley, siendo la infracción de ésta un crimen en el Magistrado, corregible con el pago de costas, daños y perjuicios causados<sup>5</sup>.

Una prohibición de esa especie, desconocedora del valor de la interpretación sistemática, que sobrepasa el significado literal y aislado de un texto legal, no podía subsistir como criterio rector de la aplicación de la ley penal. Por consiguiente, al resguardo contra las arbitrariedades de los jueces ya no lo constituyó la veda de la interpretación de la ley, sino la restricción de ella a sus verdaderos límites, prohibiendo la aplicación de la ley penal por analogía.

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, II, nº 636.

<sup>2</sup> NUÑEZ, I, 198.

<sup>3</sup> MEZGER, I, 143.

<sup>4</sup> PECO, *La Reforma penal de 1917-20*, p. 77.

<sup>5</sup> *Compilación de leyes decretos y acuerdos de la excma. Cámara de Justicia de Córdoba 1810 a 1870*, t. I. Córdoba, Imprenta del Estado, 1870, p. 318.



## II. Concepto

La interpretación de la ley penal es una operación compuesta, que exige establecer el significado abstracto de la regla legal (*intelección de la ley*) y su significado concreto frente al caso a resolver (*aplicación de la ley*). La ley penal no es un objeto carente de función, cuyo significado se agota con el conocimiento abstracto de su texto, sino que su esencia radica en su finalidad normativa, la cual demanda su conocimiento funcional.

## III. Sujetos que la realizan

La tarea de la interpretación no sólo está a cargo de los jueces (*interpretación judicial*), sino que éstos cuentan con la colaboración esclarecedora de la doctrina (*interpretación doctrinaria*) y, también, con la del legislador (*interpretación legislativa*).

### A. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La *interpretación judicial* es la que hacen los jueces al resolver los casos sometidos a su conocimiento y decisión. Es hecha por los jueces en el caso concreto y, salvo lo que diremos más adelante sobre los acuerdos plenarios, sólo vale para el caso juzgado en esa oportunidad.

La uniforme interpretación concreta de la ley vigente frente a casos jurídicamente idénticos, constituye *jurisprudencia*. La identidad de los casos se determina por la igualdad y no por la simple semejanza de las situaciones. La sola semejanza admite la variación de las reglas aplicables.

La *jurisprudencia* puede ser el resultado de la labor libre de los distintos tribunales o de una instancia superior obligatoria. En el país, la jurisprudencia puede ser impuesta por los *acuerdos plenarios*, vale decir, por la interpretación que de la ley penal hacen en abstracto todos los integrantes de las distintas cámaras o salas de un tribunal de apelación<sup>6</sup>. Esa interpretación es obligatoria para las cámaras o salas y los jueces en los casos posteriores. La constitucionalidad de estos acuerdos es cuestionable, por ser contrarios a la división de poderes (en cuanto el órgano judicial, mediante la obligatoriedad de su interpretación, establece la regla legal aplicable a los casos futuros) y desconocer el carácter supremo de la ley en sí misma, establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional (en cuanto el juez tiene siempre la potestad de desconocer el acuerdo aplicando la Constitución o la ley que son supremas)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> El art. 10 de la Ley 24.050, establece que la Cámara Nacional de Casación Penal reunida en plenario de toda su Sala, dispone la aplicación obligatoria de la interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria, tanto para la misma Cámara como para los demás órganos jurisdiccionales que dependen de ella.

<sup>7</sup> NÚÑEZ, *La Ley única fuente del derecho penal argentino*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1941 (separado del "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1941, p. 87); SOLER, I, 124. Ni siquiera la jurisprudencia plenaria que proviene de la Corte Supre-

En los códigos provinciales de procedimiento penal oral, el tribunal de casación establece la jurisprudencia, pero su interpretación sólo es legalmente obligatoria para el caso en recurso<sup>8</sup>.

#### B. INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA

Esta interpretación está a cargo de los autores. Aunque su objetivo también es, en definitiva, lograr la mejor actuación de la ley penal, ella pone su tónica en la intelección de la ley en sí misma, para establecer el significado de las normas abstractas, sin la necesaria limitación de su aplicación al caso concreto, propia de la interpretación judicial. Esta interpretación no tiene carácter obligatorio. La mayor o menor posibilidad de su aceptación o rechazo, depende de la autoridad que le confiera la fundamentación de sus resultados.

#### C. INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA

Esta interpretación es la que hace el legislador competente para dictar la ley interpretada. Aquí tienen importancia limitativa el orden de prelación de las normas establecidas por el art. 31 de la C. N. y el sistema federal de gobierno.

En razón del primero, el legislador ordinario no puede interpretar con fuerza legal la C. N., ni una constitución provincial. Empero, la C. N., en virtud de su supremacía, podría contener cláusulas interpretativas de una ley o de una constitución local o establecer reglas para su interpretación. La Constitución de 1949 establecía, obligatoriamente para el intérprete de la ley ordinaria, que en caso de duda debía estarse a lo más favorable al procesado (art. 29)<sup>9</sup>. En razón del federalismo legislativo Constitucional, el legislador nacional no puede dictar reglas de interpretación para las leyes provinciales, y viceversa.

La interpretación legislativa es una interpretación auténtica, porque la aclaración o delimitación legislativa del precepto interpretado es la que -aunque susceptible a su vez de ser interpretada- debe tenerse por irrefragable<sup>10</sup>.

---

ma de Justicia de la Nación, es suficiente para imponer la obligatoriedad de su doctrina, pues, en último caso, nada impide a los particulares cuestionar la interpretación de la ley (CSJN, *Fallos*, t. 246, p. 157; t. 254, p. 40). Cfr. NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., nota al pie 44, p. 26.

<sup>8</sup> C. de P. Penal de Córdoba, art. 479. Véase, sin embargo, la disposición citada en nota 6.

<sup>9</sup> Algo muy distinto de la facultad del órgano constituyente de interpretar la ley ordinaria, es, por lo menos en nuestro país, la interpretación que hace el Poder Legislativo respecto de los actos legisferantes de la administración, pues éstos no tienen la calidad de ley (en contra, JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 361).

<sup>10</sup> Se dice que esta interpretación es auténtica porque deriva del mismo órgano que dictó la ley (FONTÁN BALESTRA, I, 228; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 359). La posibilidad de que el órgano constituyente interprete la ley ordinaria, pone un límite a esa idea.

La interpretación legislativa puede ser contextual o posterior. La primera es la que el legislador hace en el propio texto de la ley interpretada. Por ejemplo, la que se hace en los arts. 77 y 78 del Código penal. No constituyen una interpretación de esta especie los trabajos preparatorios de la ley, su discusión, la exposición de sus motivos y las notas a sus artículos, ya que, por un lado, lo que obliga es el texto legal sancionado y no las ideas expuestas sobre él, aunque provengan de órganos públicos en el ejercicio de sus funciones legislativas; y, por otro lado, las ideas del legislador no tienen el mismo alcance que el que adquiere la ley salida de sus manos por su inserción en el sistema legislativo vigente; la voluntad del legislador no es la voluntad de la ley. Claro que la negación de valor legal a las opiniones y discursos extra legales del legislador, no excluye su utilidad como antecedentes para interpretar la ley<sup>11</sup>.

La interpretación legislativa posterior es lo que una ley hace de otra anterior. Debe distinguirse la ley interpretativa de la ley modificatoria. Aquélla es la que, sin exceder las posibilidades interpretativas que admite el precepto de alcance dudoso o controvertible de la ley interpretada, se limita a optar por una de esas posibles interpretaciones. Por el contrario, es modificatoria la ley que restringe o amplía las posibilidades interpretativas de la ley anterior. Por regla, las leyes de fe de erratas suelen tener este carácter.

La ley penal interpretativa admite, en general, su aplicación a los casos producidos a partir de la vigencia de la interpretada, porque no puede ser más severa que ésta<sup>12</sup>. Pero, cuando dentro del marco de la ley interpretada, la nueva ley opta por una de las posibilidades represivas que aquélla admite, desechando las otras, funciona el principio de la ley más benigna incluso para los casos juzgados, porque el art. 2 del C. P. priva sobre el 4 del C. C., que establece lo contrario.

#### IV. Objeto de la interpretación

El objeto de la interpretación jurídica es la ley sancionada por el legislador, y no la resultante de su inteligencia por el Poder Judicial al resolver los casos judiciales<sup>13</sup>.

La ley no está representada por la voluntad del legislador, como pensaban los exégetas. La escuela de la exégesis veía el objeto de la interpretación en el pensamiento del legislador en el momento de la sanción de la ley, reconstruido con ayuda del desenvolvimiento de su real proceso mental, condicionado por el marco histórico de ese momento.

<sup>11</sup> Sobre los desvíos de nuestros tribunales respecto del valor de las ideas del legislador, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, II, n° 641.

<sup>12</sup> Sobre las opiniones respecto de esta cuestión, JIMÉNEZ DE ASÚA, II, n° 642. En realidad, las dificultades se deben a la poca clara determinación de la ley interpretativa.

<sup>13</sup> Contra esa corriente "decisionista", SOLER, *Las palabras de la ley*, México.

La ley, o, como suele decirse, la voluntad de la ley, que constituye el objeto a interpretar, no es, empero, aquella voluntad. Sin perjuicio de que el pensamiento del legislador resulte útil para explicar correctamente el significado de la ley, existe siempre la posibilidad de que la voluntad de ésta difiera de la de aquél. La voluntad de la ley no es el producto exclusivo y limitado del proceso mental del legislador. La ley puede ser más o menos inteligente que el legislador, porque, además de que éste no tiene el dominio absoluto del lenguaje usado en la ley, lo que él pensó y expresó mediante la pertinente fórmula gramatical, al incorporarse al derecho vigente entra a formar parte de un sistema gramatical y jurídico que, como tal, no representa partes aisladas y desconectadas entre sí, sino partes conexas y, de esta manera, susceptibles de expresar sistemáticamente lo que el legislador no pudo o no quiso tener en su mente. De tal modo, el proceso subjetivo de quien redactó la fórmula legal, puede ser sobrepasado por el valor objetivo que adquiere esa fórmula por su relación con el contexto total del derecho vigente.

La ley, por consiguiente su voluntad, no tiene otra fuente que el total sistema del derecho vigente, que no es otra cosa que el complejo de la Constitución y de leyes, reglamentos y decretos sancionados como derecho positivo. Admitir su complementación, mejora o rectificación por la interpretación psicológica (decisiones emocionales del juez)<sup>14</sup> o por la interpretación sociológica (a través de las normas culturales, morales, políticas, religiosas, etc.), implica desconocer que la vigencia del derecho presupone la selección legislativa, en el ámbito del proceso cultural o jurídico, de las normas que exclusiva y obligatoriamente deben regir la conducta del Gobierno y de los gobernados. Sustituir este principio fundamental para la seguridad jurídica, por un decisionismo judicial libre, implica dejar sometida la regulación social-jurídica al criterio judicial libre o a normas carentes de vigencia<sup>15</sup>.

Tratándose de la ley penal aparece con más nitidez, si es posible, la autonomía de la ley, pues el principio de legalidad, con todas sus consecuencias restrictivas respecto de lo que es punible, excluye cualquier ingerencia extraña modificatoria de la norma represiva.

## V. Métodos de interpretación jurídica

### A. METODO EXEGÉTICO O GRAMATICAL

Este método busca la voluntad real del legislador y lo hace a través de las palabras de la ley, atendiendo a su sentido idiomático, con arreglo a las cir-

<sup>14</sup> Por ejemplo, la "corazonada", según piensa HUTCHISON (ver SOLER, *Interpretación de la ley*, Barcelona, p. 57).

<sup>15</sup> Las cátedras de Introducción a la ciencia del derecho podrían sacar buen provecho de la *Interpretación de la ley* cit., de SEBASTIÁN SOLER y de *Las palabras de la ley*, también cit. del mismo autor, para comprender lo que es la ley, y lo que no es tal.

cunstancias vividas por aquél. Es una interpretación literal, fundada en un método “totalmente empírico tendiente a establecer hechos, esto es, los pensamientos realmente pensados por ciertos hombres reales” (RADBRUCH). Este método desconoce la verdadera naturaleza objetiva de la ley y su resultado es anquilosarla, sustrayéndola al efecto vivificador del sistema jurídico vigente y su proceso de reforma. Empero, aunque la voluntad del legislador no trasunte la voluntad de la ley, no podrá negarse su valor indicativo al respecto.

#### B. MÉTODO HISTÓRICO

Para averiguar el significado de la ley, esta interpretación recurre: a) a su nexo histórico, vale decir, a los hechos y valoraciones que la motivaron; b) a los fines que se pretendió alcanzar con ella; c) al proceso evolutivo de las fórmulas que emplea. Sus materiales son, a la par que los trabajos preparatorios de la ley (proyectos, exposiciones de motivos, discusiones), sus antecedentes de orden legislativo. Las limitaciones de este procedimiento radican en su tendencia a indagar la voluntad del legislador, lo que presenta todos los peligros de la exégesis.

#### C. MÉTODO TELEOLÓGICO

Aparte de los procedimientos idiomáticos e histórico, el significado de la ley puede alcanzarse a través de sus fines, esto es, de lo que la ley tiene en mira como valioso en el respectivo precepto. A este respecto tienen especial importancia los bienes protegidos en los distintos títulos, capítulos y tipos delictivos. El libre uso de este método, muy apreciado en Alemania<sup>16</sup>, valiéndose de las “concepciones jurídicas generales, señaladas por la lógica cognitiva y emocional, y de las *experiencias generales* de la vida, de acuerdo con las investigaciones de la ciencia en los diferentes campos (ciencias naturales, técnica, medicina, historia, sociología, cultura, etc.)”<sup>17</sup>, ha conducido a la libre interpretación creadora de derecho, con aportes extra o supraleales.

#### D. MÉTODO SISTEMÁTICO

Ninguno de los métodos mencionados está en condiciones de agotar en los casos dudosos la investigación tendiente a establecer el significado de la ley como voluntad objetivada. Esto sólo se puede alcanzar por el procedimiento que estudia sistemáticamente la ley.

El *método sistemático*, considerando al derecho vigente como una totalidad que se basta a sí mismo, busca el significado de las leyes tomando en

<sup>16</sup> MEZGER, I, 147; MAURACH, I, 1099; JESCHECK, 110.

<sup>17</sup> MEZGER, *Libro de estudio*, I, § 8; *id.*, I, 148.

consideración la jerarquía y vinculación recíproca de ellas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas. De este modo, este procedimiento lógico, a la vez que puede rectificar el valor idiomático de las fórmulas legales<sup>18</sup>, puede ampliar o restringir la finalidad legislativa señalada por la exégesis y la consideración histórica del precepto jurídico.

El método sistemático, que es un procedimiento lógico, se sirve en general de argumentos y de medios técnicos. El "*argumentum a simile*" significa que lo que es aplicable a un principio o concepto lo es a otro semejante. El "*argumentum a contrario*" implica que dada la inexistencia de determinados presupuestos, su existencia tampoco determina cierta consecuencia. El "*argumentum a maiores ad minus*" deduce que un principio válido para una situación y comprendido en un concepto general, también vale para otros casos subordinados a ese concepto. El "*argumentum a fortiori*" significa que un principio válido para lo menos grave vale también para lo más grave. El "*argumentum ad absurdum*" deduce la incorrección de una hipótesis determinada, del hecho de que si fuera correcta habría que admitir algo que no lo sería desde cualquier punto de vista<sup>19</sup>. El recurso a estos argumentos es admisible en materia penal mientras no alteren el principio de legalidad.

El concurso aparente de leyes penales representa un medio técnico de interpretación sistemática de la ley penal, ya que su finalidad es esclarecer el funcionamiento recíproco de las figuras delictivas.

#### E. USO DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

La intelección de la ley no ofrece siempre dificultades que demanden el uso de todos los procedimientos antes estudiados. A veces, para captar el significado real de una fórmula jurídica basta el examen gramatical del precepto, que es necesariamente, el primero a utilizar desde que el legislador se

<sup>18</sup> Los ejemplos no escasean: "cosa mueble" no significa lo mismo en el C.P. que en el C.C. (NUÑEZ, V. 175). El concepto de "empleado o funcionario público" del art. 77 del C.P. no concuerda con el concepto administrativo (NUÑEZ, *El significado del concepto "funcionario público" en el Código Penal* ["JA", n° 3538, abril 30 de 1970]). La "nocturnidad", que a los efectos de la validez procesal de ciertos actos se define por la salida y la puesta del sol, para agravar el hurto alude a la efectiva existencia de oscuridad (SOLER, *La interpretación de la ley* cit., p. 100). Sólo jurídicamente el error sobre la ley extrapenal es un error de hecho (NUÑEZ, II, 100, *infra*, p. 224). Véase la nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ a MEZGER, I, 145. Pero la interpretación sistemática de la ley, importa que su significado se busque en la ley misma, que admite, además del método de definiciones de los conceptos que emplea, el método comparativo, que permite transferir el significado de un concepto legal a otro concepto legal, con lo que el propio sistema positivo limita los posibles sentidos de las palabras que en él se emplean. Cfr. NUÑEZ, *El problema del concurso ideal de delitos*, p. 22, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología n° 12, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1986.

<sup>19</sup> Ver JESCHECK, 107.

expresa por palabras ("toda interpretación comienza con la palabra"). La historia, la finalidad y el sistema legal sólo sirven en este caso para confrontar la exactitud del resultado logrado idiomáticamente. Pero no siempre sucede así, y entonces, con arreglo a la dificultad de cada caso, sólo será posible comprender la ley a través del sentido gramatical de las palabras, el nexo histórico del precepto, de sus fines y de su funcionamiento sistemático, el cual integrado por los anteriores, representa, sin lugar a dudas, la etapa más perfecta en la escala de la interpretación.

#### F. LIMITACIONES DE LA INTERPRETACIÓN PENAL

La interpretación de la ley penal presenta ciertas características impuestas por las consecuencias del principio de legalidad.

La interpretación no debe extender las secuelas represivas del delito más allá del límite del particular hecho punible y de la pena respectiva (*poenali sunt restringenda*). En lo que atañe al hecho punible, la interpretación debe tender a conservar en lo posible su significación literal (*interpretación restrictiva*), pero, el telos o el sistema legal, confiriéndole a la fórmula que lo expresa su verdadero sentido jurídico, puede ampliar o restringir esa literalidad<sup>20</sup>. Dentro de este límite es admisible la interpretación extensiva de la ley penal. Ella está prohibida cuando supera el límite admitido por esa intelección jurídica del hecho, porque viola el principio de legalidad<sup>21</sup>.

La literalidad histórica de la fórmula definidora del hecho punible puede ser superada sin mengua del principio de legalidad, por el enriquecimiento idiomático de sus conceptos de acuerdo con el progreso lingüístico, científico, técnico, económico, etc. (*interpretación progresiva*).

Existen opiniones discrepantes acerca de si el principio *in dubio pro reo*, admitido en lo referente a la prueba de la responsabilidad penal, también vale como criterio rector de la interpretación de la ley penal<sup>22</sup>. La contestación afirmativa encuentra sustento en la posibilidad innegable de que, así como la valoración de la prueba de la causa puede conducir a la incertidumbre sobre la responsabilidad del acusado, la interpretación tampoco está libre de llevar a la misma situación en lo que respecta a la voluntad de la ley. La restricción interpretativa por duda no sólo opera para evitar la aplicación analógica de la ley penal o su extensión interpretativa más allá del marco real del hecho, sino, también, en la situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referible a él.

<sup>20</sup> A pesar de que la letra del art. 175, inc. 1º, sólo se refiere al "propietario del suelo", también comprende el coposeedor (C. C., art. 1557).

<sup>21</sup> Ver NUÑEZ, I, 200.

<sup>22</sup> Ver NUÑEZ, I, 205.

## G. INTELECCIÓN Y SUBSUNCIÓN

Ya hemos dicho que la interpretación judicial de la ley supone no sólo entender su contenido (*intelección*), sino su aplicación a un caso concreto (*subsunción*). A los efectos de esta doble exigencia y particularmente en el ámbito de la adecuación del hecho justiciable al hecho punible en cuestión, mantiene validez el silogismo cuya premisa general o mayor es la ley, la particular o menor es un hecho determinado y la consecuencia es la adecuación o inadecuación de éste a aquélla.





### Capítulo III

## VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

### I. Principio territorial

Las normas que regulan la validéz de la ley penal nacional en relación al espacio son de derecho interno, porque provienen del respectivo Estado y tienen por finalidad determinar la extensión del derecho nacional<sup>1</sup>. Sin lugar a dudas que la era de la tesis del carácter puramente nacional del derecho penal, proclamado como su ratio dominante por BINDING<sup>2</sup>, ha pasado, hasta el punto de que el derecho interno y el internacional han ido extendiendo el alcance espacial de sus leyes represivas, en atención a determinados principios rectores, algunos de los cuales, como el de la aplicación universal de la ley del país, ha llegado a la radical negación del dogma de la nacionalidad de aquélla.

La ley penal vale para los hechos cometidos en el territorio de la Nación o en los lugares sometidos a su jurisdicción, sin distinción de la nacionalidad de las personas o de su condición de domiciliados o transeúntes (C. P., 1º, inc. 1º; C. C., 1º). El principio territorial se basa en la soberanía nacional, y, salvo excepciones consentidas, es excluyente de la aplicación de la ley extranjera. Es el dominante en la actualidad.

El territorio de la Nación está constituido:

1º) Por la superficie de la tierra comprendida entre los límites de la Nación establecidos histórica y geográficamente o fijados por tratados suscriptos con los países limítrofes. En los ríos territoriales, salvo convenios en contrario, la línea divisoria es el cauce más profundo (*Thalweg*).

2º) Por las aguas interiores de la República Argentina, que son las situadas en el interior de las líneas de base establecidas de conformidad con el art. 1º de la Ley 23.968 (B.O. del 5/XII/991) y por el mar territorial argentino que se extien-

<sup>1</sup> NUÑEZ, I, 157. Por ej.: WELZEL, *Derecho penal*, § I, piensa que son normas de carácter nacional, en tanto que JESCHECK, § 18, las considera de derecho internacional.

<sup>2</sup> HANBUCH DEE STRAFRECHTS, vol. I, 1885, p. 372.

de hasta una distancia de 12 millas marinas a partir de las referidas líneas de base; dentro de esa franja, el “país ejerce soberanía, con excepción del llamado paso inocente de navíos extranjeros”<sup>2 bis</sup>. La ley 23.968, reglamenta, además, la zona contigua argentina y la zona económica exclusiva argentina que se extienden, respectivamente, a 24 y 200 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base establecidas por el art. 1º de la Ley 23.968. En la primera zona, la Nación Argentina, en ejercicio de su poder jurisdiccional, previene y sanciona las infracciones en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración; en la segunda, ejerce también derechos de soberanía pero más específicos y limitados.

3º) Por el subsuelo del territorio y por la plataforma continental, que comprende, el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas, que se extienden a todo lo largo de la prolongación natural del territorio hasta el borde exterior del margen continental o hasta una distancia de 200 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base establecidas en el art. 1º de la Ley 23.968, en los casos en que el borde exterior no llegue a esa distancia.

4º) Por su espacio aéreo (Ley 23.968, art. 3º, párrafo 2º). Pero la aplicación de la ley penal en este espacio está condicionada. Esa aplicación corresponde según el Código aeronáutico (ley 17.285):

a) A los delitos cometidos en una aeronave privada argentina (art. 199, § 1º);

b) A los delitos cometidos en una aeronave privada extranjera (art. 200):  
Si tales delitos infringen leyes de seguridad pública, militares o fiscales;  
O infringen leyes o reglamentos de circulación aérea;

O comprometen la seguridad y el orden público, o afecten el interés del Estado o de las personas domiciliadas en él, o se hubiese realizado en la República el primer aterrizaje posterior al delito, si no mediase pedido de extradición.

Los delitos cometidos en una aeronave pública extranjera sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales, están regidos por la ley del pabellón y serán juzgados por sus tribunales (C. aeronáutico, 201).

No hacen parte del territorio nacional, como antes se pensaba, la sede de las embajadas o legaciones de nuestro país en el extranjero; y a la inversa, la sede de esas representaciones diplomáticas ante nuestro país constituyen territorio argentino.

Los *lugares sometidos a la jurisdicción de la Nación* a los efectos de la aplicación de la ley penal del país<sup>3</sup>, son los que encontrándose fuera del terri-

<sup>2 bis</sup> FIERRO, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* -dirigido por DAVID BAIGÚN y EUGENIO R. ZAFFARONI. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1977-, t. 1, p. 24. Sobre el significado del “paso inocente”, véase LAJE ANAYA-GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino*, T. I, Parte General, p. 16, nota 11 al art. 1º, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1996.

<sup>3</sup> NUÑEZ, I, 168.

torio del Estado están amparados por el pabellón nacional, mientras las reglas o convenciones internacionales no excluyan ese amparo. El concepto comprende los territorios enemigos ocupados por tropas argentinas en tiempo de guerra (C. de J. M., 111 y 112) y las sedes diplomáticas argentinas en el extranjero. En este caso, la jurisdicción penal argentina respecto de los delitos cometidos en esas sedes no se justifica porque ellas sean territorio argentino, sino por la necesidad de resguardo de la función diplomática y, particularmente, por la independencia de dicha función frente a los Estados extranjeros<sup>3 bis</sup>. Además, quedan comprendidas en el concepto:

a) Las *naves y aeronaves públicas argentinas* que se encuentren en territorio extranjero. Son tales las destinadas al servicio del poder público (C. aeronáutico, 37, 1ª disposición);

b) Las *naves privadas argentinas* mientras se encuentren en aguas o atmósferas libres o neutras (Tratado de Montevideo, 8); o, si se encuentran en el extranjero, únicamente respecto de los delitos que afectan sólo la disciplina interna de la nave o aeronave, sin comprometer la tranquilidad u orden públicos del lugar (Tratado de Montevideo, 2 y 10);

c) Las *aeronaves privadas argentinas* en territorio extranjero en el caso de delitos cometidos a bordo de ellas, si se hubiese lesionado un interés legítimo del estado Argentino o de personas domiciliadas en él o se hubiese realizado en la República el aterrizaje posterior al delito (C. aeronáutico, 199, § 2º). La simple pertenencia de la aeronave al Estado no le atribuye carácter público (C. aeronáutico, 37, 2ª disposición).

El delito se comete, a los efectos del art. 1º del C.P., en el territorio de la Nación o en los lugares sometidos a su jurisdicción, cuando la actividad o inactividad del autor y su resultado típico de daño o de peligro o sólo el último (*delitos a distancia*), o la actividad en sí misma peligrosa (*delitos de pura conducta y tentativa*), se producen en uno de esos ámbitos (*teoría mixta*)<sup>4</sup>.

## II. Principio real o de defensa

El principio territorial, que constituye la base de la defensa de un país contra la actividad delictiva, no es suficiente resguardo cuando la lesión de

<sup>3 bis</sup>. NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 14.

<sup>4</sup> Sobre el problema del lugar de la acción, *infra*, cap. V. No considera que en este caso la ley argentina se aplica, no por haberse cometido el delito en el territorio, sino en virtud de que en éste se han producido sus efectos (*principio real o de defensa*), JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 788. Pero esto se debe a que equipara los "efectos" del delito al resultado previsto por el tipo delictivo, lo que es una inexacta opinión corriente (ver FONTÁN BALESTRA, I, 265. Más detallado, JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. y lug. cit.).

los bienes jurídicos bajo la protección de la soberanía nacional, proviene de comportamientos realizados fuera de la jurisdicción vernácula. El *principio real o de defensa* complementa en estos casos la protección represiva, al extender la aplicación de la ley penal del Estado a los delitos cometidos, por extranjeros o nacionales, fuera del territorio del país o de los lugares sometidos a su jurisdicción, cuyos efectos deban producirse en ellos (C. P., 1, inc. 1º)<sup>5</sup>.

Esos efectos no consisten en el resultado de los llamados delitos de resultado (*delitos a distancia*), porque éstos, actuando su autor en el extranjero, son delitos cometidos en el país, ya que se consuman con el resultado ocurrido en nuestro territorio o en lugar sometido a nuestra jurisdicción<sup>6</sup>. Por el contrario, se trata de los efectos perjudiciales que la ley penal trata de evitar al castigar el respectivo delito. Según el plenario del caso Natale del 28-VIII-928 (C.C.C., Fallos Plenarios, t. II., p. 268), esos efectos del delito no forman parte, como el resultado consumativo, de la figura del delito de que se trata, sino que son consecuencias perjudiciales que el delito consumado en el extranjero, aunque no sea de resultado, produce sobre derechos, bienes o intereses regulados por leyes no penales, en resguardo de los que, precisamente, nuestra legislación penal reprime el delito cometido, como ocurre con los efectos que el delito de traición cometido en el extranjero debe tener sobre la seguridad de la Nación; los que el delito de falsedad documental cometido en el extranjero respecto de un instrumento público argentino debe tener en el ámbito de nuestra fe pública, o la influencia que el delito de bigamia cometido mediante matrimonio en el extranjero con arreglo a las leyes allí vigentes, subsistiendo el matrimonio contraído en nuestro país, debe tener en nuestro régimen matrimonial, familiar, hereditario o previsional.

No todos los delitos consumados en el extranjero pueden producir esos efectos trascendentes, como aquellos cuya eficacia jurídica se agota en el momento mismo de su consumación (vgr. el desapoderamiento consumativo del hurto agota su posibilidad perjudicial en el momento consumativo); pueden producirlos, en cambio, aquellos que, como la falsedad documental, traición, etc., crean un título o situación con eficacia jurídica dañosa *ex tunc* (en adelante). Estas son situaciones jurídicas diferentes a las creadas por quienes, actuando desde el extranjero, por ejemplo, remiten al país, con destino a terceros, alimentos envenenados, o desde el otro lado de la frontera, disparan y hieren a un habitante de la Argentina<sup>(7)</sup>.

<sup>5</sup> Principio aceptado por el Tratado de Montevideo de 1889 (art. 6) y su reforma de 1946 (art. 5).

<sup>6</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 20.

<sup>7</sup> NUÑEZ, *ob. cit.*, p. 20 y sgte, y notas al pie 25, 26 y 27. Cuando la impunidad de la bigamia por segundo matrimonio contraído en el extranjero, se funda en que tal matrimonio no produce efecto alguno en el país por ser un matrimonio inexistente (C. C. C., en pleno, 21-VIII-959, J. A., 1960-II, p. 77), se olvida que, precisamente, como sucede con el documento

Por el contrario, no son efectos previstos por el art. 1º, inc. 1º, la reparación civil de daños, ni las consecuencias administrativas que el delito cometido en el extranjero produce en el país, pues no son efectos que atiendan a la razón de la incriminación del hecho, sino efectos del delito que atienden a otras razones.

También se funda en el principio real la aplicación de nuestra ley penal a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de sus cargos (C. P., 1º, inc. 2º). El interés determinante de la protección es aquí la incolumidad de la función pública. No basta, por consiguiente, la calidad del autor, sino que es menester que él actúe en ejercicio de esa calidad, aunque no se trate de los llamados “delitos peculiares a los funcionarios públicos”, como la usurpación de autoridad, su abuso y otros que únicamente pueden ser cometidos por un funcionario público<sup>7 bis</sup>.

### III. Principio personal

De acuerdo con el *principio de la personalidad activa*, la ley penal del país alcanza a sus nacionales por los delitos cometidos en el extranjero. Se fundamenta en el principio *res publica interest habere bonos subditos* (BARTOLO).

La ley penal argentina se aplica al argentino que ha cometido un delito en el extranjero, “quien podrá optar por ser juzgado por los Tribunales argentinos, a no ser que fuese aplicable al caso un Tratado que obligue a la extradición de nacionales” (art. 12, Ley 24.767). Aquí funciona el principio de la *personalidad activa* para satisfacción y auxilio del Estado reclamante y en su representación<sup>8</sup>.

### IV. Principio de la personalidad pasiva

En razón de este principio, que también se denomina de protección individual<sup>9</sup>, la ley nacional se aplica a quien, aunque sea extranjero, en el extranjero lesiona bienes jurídicos de los nacionales del país que ejerce su jurisdicción represiva. Este principio no está reconocido entre nosotros.

---

falsificado, la represión en el país del que pretende hacerlo valer, se funda en que, fraudulentamente, en perjuicio de los regímenes matrimonial, sucesorio o previsional, se le atribuye validez a un acto que no lo puede tener. Los proyectos de 1960 y de 1973, siguiendo el error de su autor, no admiten el castigo de la bigamia por segundo matrimonio contraído en el extranjero.

<sup>7 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 22.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 748; SOLER, I, 163. En el *Der. Pen. Arg.*, I, p. 163, lo considerábamos un caso de pura representación, pero sin razón, ya que, en realidad, la ley se aplica porque se trata de un argentino, aunque se lo haga ejerciendo la representación del Estado reclamante.

<sup>9</sup> JESCHECK, 120.

### V. Principio universal

El *principio universal* autoriza la aplicación de la ley penal del Estado en cualquier caso, cualquiera sea la nacionalidad del autor y el lugar de comisión del delito. Como regla general resultaría impracticable, pues, en perjuicio de las soberanías extranjeras, implica la absorción de la jurisdicción represiva universal (*sistema de la administración de justicia mundial*).

Por regla, el *derecho internacional* admite este principio respecto de bienes jurídicos cuya defensa en común interesa a todos los Estados, por ej., la incolumidad de los signos monetarios, la trata de blancas, el comercio de estupefacientes, el resguardo de los cables submarinos y la piratería. El principio universal también funciona, y de manera principal, en orden al *derecho penal internacional*, vale decir, en el ámbito de los delitos reprimidos por normas represivas de carácter internacional, cuyas fuentes son los tratados, las convenciones y los congresos<sup>10</sup>.

Nuestro derecho interno fundamenta en el principio universal, la aplicación de nuestra ley penal a la piratería cometida en alta mar (Ley 48, art. 3º, inc. 1º; C.P.P. de la Nación, art. 33, inc. 1º) y a la rotura o deterioro de cables submarinos fuera de las aguas jurisdiccionales del país (Ley 2240; Convención Internacional de Cables Submarinos, ratificada por las Leyes 1590 y 1906 y el Decreto del 2-IV-886)<sup>11</sup>.

### VI. Extradición<sup>11bis</sup>

#### 1. Objeto y regulación

La *extradición* no es una institución de derecho de fondo, sino de derecho procesal. Su objeto es posibilitar mediante su entrega, el juicio y el castigo de las personas acusadas o condenadas que se encuentran en un país distinto del que las acusa o las ha condenado. La extradición se funda en la preservación de las soberanías en juego y en el auxilio internacional a ese efecto.

Los principios relativos a la extradición regulan la solicitud del delincuente a otro Estado (*extradición activa*)<sup>12</sup> o su entrega a éste (*extradición pasiva*)<sup>13</sup>; empero, a los efectos de la aplicación del Código Penal Argentino, sólo interesa la extradición activa<sup>14</sup>. Esas regulaciones tienen sus fuentes en los tratados internacionales, en las leyes internas de cada país y en los usos internacionales.

<sup>10</sup> Sobre los distintos conceptos de derecho penal internacional, SOLER, I, 166; FIERRO, *La Ley penal y El derecho internacional*, Depalma, 1977.

<sup>11</sup> NUÑEZ, I, 179.

<sup>11bis</sup> FIERRO, ob. cit. p. 221 y ss.

<sup>12</sup> Ver ley 24.767, Parte II, título II, arts. 62 y sgtes.

<sup>13</sup> Ver ley cit., Parte II, título I, arts. 6 y sgtes.

<sup>14</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 23.

En nuestro país esas fuentes son, en primer lugar, por su carácter especial, los tratados<sup>15</sup> y, en segundo lugar, la Ley 24.767 (B.O. 16-I-997)<sup>15 bis</sup>. Si existe un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, las normas del tratado rigen el trámite de la extradición (art. 2, Ley 24.767). En ausencia de tratado, la extradición estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad (art. 3, Ley 24.767).

La Ley 24.767, en lo que atañe a la extradición pasiva, contempla tres situaciones:

1) Si no existe aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales y el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá optar por ser juzgado por los Tribunales Argentinos. La calidad de nacional argentino deberá haber existido al momento de la comisión del hecho, y deberá subsistir al momento de la opción (art. 12)<sup>16</sup>.

2) Si hay tratado sus reglas privan sobre la opción. Sin embargo, aún cuando un tribunal hubiere declarado procedente la extradición por la existencia de un tratado aplicable al caso (art. 12, párrafo 4º), el Poder Ejecutivo resolverá la denegatoria de la extradición<sup>16 bis</sup> si las circunstancias en ese momento hacen aplicable la denegatoria (art. 36) porque: a) no existe ofrecimiento de reciprocidad (art. 3); b) existen especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos u otros intereses esenciales para la Argentina, que tornan inconvenientes el acogimiento del pedido (art. 10) y, c) haga lugar a la opción del nacional, en el caso previsto por el último párrafo del artículo 12.

3) Exista o no tratado, cuando el delito cayere bajo la jurisdicción argentina (art. 5, 2º párrafo), el Poder Ejecutivo podrá darle curso: a) si el delito por el que se requiere la extradición integra una conducta punible significativa más grave, que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina (art. 23, inciso a); b) cuando el Estado requirente tuviese facilidades notoriamente mayores que la República Argentina para conseguir las pruebas del delito (art. 23, inciso b).

<sup>15</sup> Menciona esos tratados, FONTÁN BALESTRA, I, 271. Por regular las relaciones con Uruguay, Bolivia y Paraguay, países limítrofes, tienen importancia particular, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1933 (ver FONTÁN BALESTRA, I, 271 y ss.).

<sup>15 bis</sup> Véase *La nueva ley de extradición y cooperación en material penal*, de ANDRÉS JOSÉ D' ALESSIO, GUSTAVO ADOLFO DE PAOLI y ADOLFO LUIS TAMINI, redactores del proyecto que presentaron los Diputados ANTONIO M. HERNÁNDEZ y ELSA KELLY, L.L. 1997-C-1175 y sgtes. También, FIERRO, ob. cit., 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1997; HORACIO DANIEL PIOMBO, *Tratado de la extradición (internacional e interna)*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1997.

<sup>16</sup> Es el criterio dominante, pero no sin significativas excepciones (JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N.ºs. 829 y 830). La extradición del nacional es aceptada en tratados suscriptos por la Argentina y en el de Montevideo, 20, textos de 1933 y 1940 (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 853).

<sup>16 bis</sup> El Poder Ejecutivo Nacional, conforme lo autorizado por el art. 10 de la ley, delegó las facultades de los arts. 22 y 36 en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, por decreto n° 1052/98 (B.O. 16/IX/998). Una crítica sobre las facultades del P. E. establecidas por la ley, reputadas por algunos excesivas y hasta inconstitucionales, en FIERRO, ob. cit., 2ª edición, p. 794; PIOMBO, ob. cit., p. 548 y ss y p. 552 y ss.



Si la extradición fuese concedida se archivará el expediente en trámite en la Argentina y si el Estado requirente lo solicitare se enviarán copias del expediente y de las pruebas colectadas.

## 2. Condiciones

Si existe un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, las condiciones son regidas por las normas del tratado (art. 2, Ley 24.767). Sin perjuicio de ello, las normas de la Ley 24.767 sirven para interpretar el texto de los tratados (art. 2). En todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplica la ley 24.767, que establece las siguientes condiciones:

1) *Relativas a la persona*. La extradición no será concedida, cuando la persona reclamada ya hubiese sido juzgada, en la Argentina o en cualquier otro país por el hecho que motiva el pedido, o cuando habría sido considerada por la ley argentina como inimputable por razón de la edad si hubiese cometido el delito en la Argentina (art. 11 inc. b y c).

2) *Relativas al delito*. Se concede por hechos calificados como delitos por nuestras leyes y las del país requirente, no por contravenciones. Los delitos deben ser comunes y tanto en la ley argentina como en el Estado requirente deben tener prevista una pena privativa de la libertad con mínimo y máximo tales que su semisuma sea al menos de un año (art. 6). No se concede (art. 8): a) por delitos políticos<sup>16 ter</sup>; b) por delitos previstos exclusivamente por la ley penal militar; c) si el proceso que la motiva fuese tramitado por una comisión especial de las previstas por el artículo 18 de la C.N.; d) si el proceso que la motiva evidencia propósitos persecutorios por razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el sexo o la religión o hubiese motivos fundados para suponer que estas razones pueden perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio; e) si existen motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; f) si el delito tuviese pena de muerte en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable.

3) *Relativas a la punibilidad*. La concesión demanda que la acción penal o la pena no se hubieran extinguido según la ley del Estado requirente (art. 11, inc. a). Si la condena extranjera se ha dictado en rebeldía, la prescripción se considera respecto de la acción. En caso que la extradición se solicitara para el cumplimiento de una pena, se requerirá, además, que la pena que faltare cumplir fuese no

<sup>16 ter</sup> La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al que la Nación Argentina adhirió por ley 24.556 (B.O. del 18/X/995), asignándole status constitucional por ley 24.820 (B.O. del 29/V/997) en los términos del art. 75 inc. 22, última parte, de la C.N., en su art. V dispone que la desaparición forzada de personas no será considerada delito político a los efectos de su extradición. Lo propio establece, en relación al genocidio y los delitos enumerados en el art. III, el art. VII de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994.

menor de un año de privación de libertad en el momento en que se presente la solicitud (art. 6, párrafo 3º). Cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía el Estado requirente deberá dar seguridad de que el caso se reabrirá para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar nueva sentencia (art. 11, inc. b).

4) *Relativas a la especialidad.* Según el llamado principio de la especialidad, la persona extraditada no podrá ser encausada, perseguida ni molestada, sin previa autorización de la República Argentina, por hechos anteriores inscriptos a los constitutivos del delito por el que se consiguió la extradición (art. 18, 1º. párrafo).

5) *Relativas a la forma y requisitos.* La solicitud de extradición de un imputado o de un condenado debe llenar ciertas formas y requisitos (art. 13): a) una descripción clara del hecho delictivo, fecha, lugar y circunstancias del mismo e identificación de la víctima; b) su tipificación legal; c) la competencia del Estado requirente y que la acción penal no está extinguida; d) testimonio o fotocopia autenticada de la resolución que dispuso la detención y de la que ordenó la extradición; e) las normas penales y procesales aplicables y, f) los datos de identificación del reclamado y su domicilio o paradero.

En caso de extradición de un condenado se agregan algunas exigencias (art. 14): a) testimonio o fotocopia autenticada de la sentencia judicial de condena; b) que la sentencia no se dictó en rebeldía y está firme. Si se dictó en rebeldía, deben darse las seguridades del art. 11, inciso d; c) el cómputo de la pena que resta cumplirse y, d) razones de que la pena no se encuentra extinguida.

## VII. Aplicación de la ley extranjera

El derecho nacional no es hermético respecto del derecho extranjero, pues existen casos en que procede el reconocimiento de la cosa juzgada extranjera o de reglas jurídicas extranjeras. No se trata de que el derecho extranjero tenga vigencia en otro país, sino sólo de que el derecho nacional, interno o emergente de un tratado o convención, reconoce sus efectos.

Nuestro derecho penal no se ha mantenido al margen de esas reglas. Basta señalar que, según lo visto, a los fines de la extradición el juez argentino debe tener en cuenta si la acción penal o la pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente (art. 11, inc. a, ley 24.767). El Tratado de Montevideo de 1889 remite a la pena establecida por una ley extranjera en el caso del autor de un delito que afecta varios Estados y que es capturado en el nuestro (arts. 3º y 4º). El art. 50 del C. P. tiene en cuenta para establecer la reincidencia la condena sufrida en el extranjero<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> El Proyecto de 1960, art. 2 y 3, es mucho más amplio.



## Capítulo IV

### **VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL<sup>18</sup>**

El principio general es que la ley, cualquiera que sea su naturaleza, rige para el futuro (C. C., 3º). Respecto de la ley penal, este principio, siempre que sea en beneficio del imputado o condenado, es una garantía constitucional. “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (C. N, 18)<sup>18 bis</sup>. Con arreglo a esto, la regla es que la ley penal es aplicable a los delitos cometidos desde su entrada en vigor<sup>19</sup> hasta su derogación por otra ley (ver C. C., 17).

A los efectos de la validez temporal de la ley penal, el momento de la comisión del delito es el de la conducta del partícipe en él, cualquiera que sea su categoría, pues, entonces y no en el momento del resultado, estaba sometido a la obligatoriedad de la ley. La opción por el momento del resultado no contemplaría la naturaleza retributiva de la pena, que encuentra su razón en la culpabilidad del autor.

Si, antes o después de la condena, la ley penal existente en el momento de la comisión del hecho, es abolida sin que otra la suplante, priva el principio de mayor benignidad consagrado por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 y los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos) y el art. 2º del C. P., y procede la absolución del acusado o la terminación de la pena.

Si la ley penal vigente en el momento del hecho es sustituida por otra, se produce una “sucesión de leyes penales”. Esta supone que entre el momento inicial de la comisión del delito y el momento final de la sentencia o de la subsistencia de la pena, han regido, sucesivamente, en relación a ese delito, dos o más leyes penales. La sucesión de leyes no es equiparable a la coexistencia de leyes o disposiciones penales, que supone su vigencia simultánea.

<sup>18</sup> NUÑEZ, I, 121.

<sup>18 bis</sup> El art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, también, que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable.

<sup>19</sup> “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial” (C.C., 2, según el texto de la Ley 16.504).

La cuestión de cuál de las leyes sucesivas es la aplicable se resuelve de acuerdo con los criterios de la "ley más severa" y de la "ley más benigna".

El criterio de la *ley más severa* funciona para que la nueva ley más gravosa para el imputado no tenga efecto retroactivo. Esto es una consecuencia de la garantía de legalidad (C. N., 18), según la cual, con arreglo al lenguaje constitucional, la ley penal no puede tener el sentido de una ley *ex post facto* o sea de una ley posterior al hecho que empeore la condición del acusado<sup>20</sup>. Se trata, por consiguiente, de una garantía constitucional que no puede ser alterada por el legislador (C. N., 28).

El criterio de la *ley más benigna*, que como garantía ahora constitucional no puede ser tampoco alterada por el legislador, encuentra su fundamento político en la modificación de la concepción represiva que sustenta a la ley anterior<sup>21</sup>. En tanto que el principio de la *ley más severa* se limita a impedir que el imputado sea juzgado por una ley más gravosa posterior a su delito, el principio de la *ley más benigna* favorece a los imputados y condenados con la ley que más los beneficia, cualquiera que sea su orden temporal. El principio de la ley penal más favorable no funciona sólo como un medio para resolver si una persona es o no delincuente y si debe o no ser castigada y, en su caso, de qué modo y medida. Es, por el contrario, un principio cuya función es la de indicar, sea para un objetivo de derecho material, sea para una finalidad de derecho procesal, el estatuto que respecto de una cuestión penal rige siempre para resolver esa cuestión, desde el momento de la comisión del delito hasta que se extinga la condena dictada contra el responsable, mientras en ese lapso, el legislador no sancione una que lo beneficia en mayor medida<sup>21 bis</sup>.

De acuerdo con el art. 2º del C. P., si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito es distinta de la que existe al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplica siempre la más benigna; y si durante la condena se dicta una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. El art. 2 del C.P., en su primer párrafo, admite tanto la retroactividad como la ultractividad de la ley penal más benigna, pero, en el segundo párrafo, en el que cede la cosa juzgada y procede la revisión de la sentencia (C. P. P. de Córdoba, 489, inc. 5º y C.P.P. de la Nación art. 479, inc. 5º)<sup>22</sup>, a partir de una condena

<sup>20</sup> C. S. de la Nación, Fallos, t. 31, p. 82; t. 117, p. 22; t. 151, p. 103; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª ed., N° 181.

<sup>21</sup> Es opinión difundida entre los alemanes, que aluden a la modificación de la concepción jurídica (FRANK, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 18 ed., 1981, § 2, IV; JESCHECK, 100; WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 44). La Corte Suprema de la Nación ha aceptado ese fundamento en materia penal económica (*in re* Duperial, S.A., 14-IX-976, La Ley, 15 de diciembre de 1976, fallo N° 73.748).

<sup>21 bis</sup> NUÑEZ, *La ley procesal y el art. 2 del Código Penal*, nota a fallo, Semanario Jurídico n° 109 del 27/XI/978, p. 336.

<sup>22</sup> NUÑEZ, I, 148.

firme, únicamente admite la retroactividad legal más benigna, ya que la cosa juzgada cede ante la mayor benignidad de la nueva ley pero triunfa sobre la mayor severidad de ésta<sup>22 bis</sup>.

La ley a que alude el art. 2 del C.P., que puede ser la dictada por el Poder Legislativo nacional, provincial o municipal<sup>22 ter</sup>, no significa la totalidad del cuerpo legal que constituye la vieja o la nueva ley, sino el conjunto de las reglas de ella, en sí mismas o en sus relaciones con el resto del derecho vigente, aplicables para resolver el caso concreto<sup>23</sup>. Pero la ley aplicable debe ser una de las leyes en juego, y no una resultante de su combinación. La única excepción está permitida para el cómputo de la prisión preventiva, para el cual "se observará separadamente la ley más favorable al procesado" (C.P., 3)<sup>23 bis</sup>.

La *ley más benigna* es la que, en la situación concreta, redundará en mayor beneficio para el individuo. Este beneficio, que puede tener su origen tanto en las disposiciones de la Parte general como de la Especial del derecho penal, y que respecto del *imputado* se traduce en la aplicación de la ley más benigna sin limitaciones, puede consistir en que el hecho haya dejado de ser delito, o en que se le castiga menos severamente, o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para eximirlo de pena. Esa ley puede ser la existente en el momento del hecho, la del momento del fallo o una ley intermedia.

Respecto del *condenado* por sentencia firme<sup>23 ter</sup>, el beneficio puede derivar de todo aquello que en la nueva ley influya beneficiosamente respecto de la *pena* que le ha sido impuesta y cuyo cumplimiento no se encuentra extinguido. El beneficio no rige para las medidas de seguridad, salvo que su cumplimiento involucre una verdadera pena (por ej., art. 52 C.P.).

La determinación de la mayor benignidad de una ley es una cuestión sencilla cuando una sola de las leyes concurrentes establece el beneficio. Deja de serlo si las leyes en juego otorgan en el caso concreto beneficios diferentes. A falta de una regla sobre el criterio selectivo a seguir, la cuestión queda a cargo de la interpretación en el caso particular, respecto a cuál de las situaciones proporcionadas por las respectivas leyes le resulta más beneficiosa al interesado.

<sup>22 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 26.

<sup>22 ter</sup> Porque el art. 2, tratándose del Derecho Penal Común, cuya fuente es el art. 75 inc. 12º de la C.N., rige en los tres ámbitos jurisdiccionales. Cfr. NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit. p. 27.

<sup>23</sup> Ver NUÑEZ, *Aplicación de la ley penal más benigna por falta de instancia del ofendido* ("Jurisprudencia", t. 22, Córdoba, p. 69).

<sup>23 bis</sup> Sobre la naturaleza y efectos procesales y sustanciales de los plazos que establece la ley 24.390, véase la sent. nº 47 del 22/10/996 del T.S.J. Cba, en *Semanario Jurídico* nº 1132, p. 290.

<sup>23 ter</sup> En relación al significado de la expresión legal "durante la condena", véase la sent. del 8/8/990 del T.S.J. Cba, en *Semanario Jurídico* 828, p. 244, con nota de MARCELO J. SAYAGO.

Los efectos de la ley más benigna, así sean los de la ultraactividad de la ley derogada o los de la retroactividad de la ley nueva, se operan de pleno derecho (CP, 2º, § 3º). La ley más benigna debe, por consiguiente, aplicarse de oficio por el juez, quien, sea que así actúe, es decir, por propia iniciativa, o a pedido de parte, no está limitado a que medie determinada etapa procesal, como aquella en la que puede fallar sobre el fondo de la causa<sup>23 quater</sup>.

El art. 2 del C.P. no es aplicable si la sucesión de leyes penales ocurre entre una ley penal permanente y una ley penal transitoria, porque el efecto de ésta, en el lapso de su transitoriedad, es sustituir a la ley permanente<sup>24</sup>. La cuestión surge respecto de la ultraactividad de la ley transitoria para juzgar los hechos cometidos durante su vigencia o para influir en las condenaciones dictadas durante ella, una vez que ha cesado de regir. Esta cuestión, que ha hecho fluctuar nuestras ideas<sup>25</sup>, no constituye un caso de aplicación del principio de la ley benigna, porque la ley penal transitoria no encuentra su motivo, como sucede cuando una ley permanente es sustituida por otra, en la modificación de la concepción represiva que sustentaba la ley anterior, sino en circunstancias particulares que no implican un nuevo enfoque de la misma situación social a que atiende la ley penal permanente, transitoriamente sustituida<sup>26</sup>. Una *ley transitoria implica* una regulación jurídica excepcional cuya aplicación obedece sólo al criterio del momento de la comisión de los hechos. Todo hecho cometido durante su vigencia, esté ella predeterminada (*ley temporaria*) o esté supeditada a la duración de las situaciones que regula (*ley excepcional*), queda sometido a la ley transitoria, incluso después de haber perdido su vigor. Los hechos pueden ser perseguidos y juzgados después del lapso de vigencia de la ley, y las condenas dictadas durante ese lapso quedan firmes.

<sup>23 quater</sup> La ley pone la tónica en el adverbio “siempre” que significa “en todo o en cualquier momento”, por lo que es legítimo que se aplique el principio aunque el momento procesal sea el de resolver un “simple incidente de excarcelación”, sin que, por otro lado, le corresponda a la ley procesal disponer cuál ha de ser la ley penal que debe aplicar el juez cuando durante el trámite de la causa, debe recurrir a la ley penal de fondo. NUÑEZ, *La ley procesal* cit., p. 336. Por la aplicación de oficio de la ley penal más benigna, el T.S.J. Cba, sent. del 22/9/997, Semanario Jurídico n° 1173, p. 719.

<sup>24</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 28.

<sup>25</sup> Ver NUÑEZ, I, 150; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 719 a 721.

<sup>26</sup> Es la opinión que predomina entre los alemanes: MEZGER, I., 130, que se expresa en contra de la “teoría del motivo” y por lo tanto del tratamiento diferente de las leyes transitorias frente al principio de la mayor benignidad; WELZEL, *Derecho Penal*, 11ª ed., p. 44; Frank, *Strafgesetzbuch*, 18ª ed. Cit. § 2, V, 2 (pero no en todos los casos [let. B]); Hippel, *Manuale*, 110; JESCHECK, 101; MAURACH, I, 145.

## CAPÍTULO V

### VALIDÉZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

La regla es que la ley penal argentina es obligatoria para todas las personas, nacionales o extranjeras, habitantes o no del país, que incurran en su violación<sup>27</sup>. Rige, aquí, el principio de igualdad<sup>28</sup>.

La regla de la obligatoriedad general de la ley penal tiene excepciones, ya que algunas personas están liberadas de responder con arreglo a sus disposiciones, porque no delinquen si cometen hechos definidos y castigados como delitos. Esta impunidad obedece a distintas razones.

En las monarquías esa inmunidad se funda en la investidura del monarca. Este no responde ante la ley penal por la calidad que inviste. Su calidad lo coloca al margen de la ley represiva por sus actos funcionales y por sus actos privados. El proverbio *the king cant do no wrong* señala la esencia del privilegio, el cual perdura después de la pérdida de la calidad que lo determina<sup>29</sup>.

En nuestro país no existe una inmunidad de esa naturaleza. La reconocida a los legisladores es funcional y tiene el carácter de una garantía constitucional: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador" (C. N., 68)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la república" (C. C., 1º).

<sup>28</sup> "Todos sus habitantes (de la Nación) son iguales ante la ley" (C. N., 16). En 1874, enunció la definición de la garantía, que se refiere a la igualdad de las personas ante la ley y no a la igualdad de trato legal a una misma persona, el Juez de Sección de Mendoza, Dr. CALIXTO S. DE LA TORRE. La tuvo por suya la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1875: *La igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias* (Fallos, t. 16, p. 118, 1º de mayo de 1875). La definición, ha sido aceptada por la doctrina constitucional más autorizada (véase JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª ed, p. 119, núm. 107). Cfr. N, *La igualdad ante la ley*, nota a fallo, Semanario Jurídico n° 90, del 17/VII/979, p. 181.

<sup>29</sup> NUÑEZ, I, 83.

<sup>30</sup> De igual inmunidad gozan los legisladores provinciales (C. de Córdoba, art. 93), no sólo ante la jurisdicción local, sino también frente a la jurisdicción Nacional emergente de delitos que le incumben (C. S. de la Nación, Fallos, t. 169, p. 76); y no sólo en el respectivo



La razón del privilegio no reside en la protección de la investidura legislativa, sino de los actos funcionales del legislador en cuanto se manifiesten en opiniones o discursos emitidos en ejercicio de su cargo. Por consiguiente, no todo lo que un legislador hace está excluido del ámbito represivo, sino exclusivamente sus votos y manifestaciones, verbales o escritos, y sus actitudes (vgr., las señas con sus miembros, cabeza o cuerpo) que expresen pensamientos, juicios o calificaciones, en las sesiones parlamentarias o en las comisiones de la Cámara, así como todo acto comprendido en el ejercicio legítimo de la función de legislar (por ej., en una investigación parlamentaria). [La inmunidad no cubre lo que el legislador diga o haga al margen del desempeño de sus funciones, como en actos protocolares, giras o reuniones políticas, o como profesor o en actos culturales o polémicas particulares o públicas, casos en que sus opiniones y discursos están sometidos al contralor de los magistrados<sup>30 bis</sup>.

[La inmunidad es permanente. Existe durante el mandato y después de terminado. Es irrenunciable por el legislador, porque es una condición de la libertad e independencia del Poder Legislativo.]

El efecto de la inmunidad es personal para el legislador y, por consiguiente, no justifica el hecho, porque se trata de una dispensa constitucional con el carácter de una excusa absolutoria de responsabilidad. Consecuentemente, cabe tanto la legítima defensa de terceros, como su participación responsable, porque ni la una ni la otra requieren procesalmente una acusación o un interrogatorio judicial respecto al legislador o su molestia en el sentido del resguardo constitucional<sup>30 ter</sup>.

---

territorio, sino en todo el país, porque la inmunidad de opinión de los legisladores locales no es algo que únicamente atañe a la provincia que la concede, sino a la preservación de las "Autoridades de la Nación" (C. N., Segunda parte), que implica uno de los objetivos comunes propios del régimen federal (en contra, C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 119, p. 291). Las leyes les conceden a los miembros de las Asambleas Constituyentes la misma inmunidad. Pero ésta no tiene rango constitucional. Aunque la inmunidad, originariamente, atendía al resguardo funcional de los legisladores, el moderno Derecho Constitucional la ha extendido: así, la Constitución Nacional, reformada en 1994, asigna al Defensor del Pueblo las mismas "inmunidades y privilegios de los legisladores" (art. 86). Por su parte, la Constitución de Córdoba, reformada en 1987, reconoce: al Gobernador y Vicegobernador, las mismas inmunidades que los legisladores (art. 137, primer párrafo), al igual que al Defensor del Pueblo (art. 124); a los candidatos al cargo de Gobernador o Vice, la inmunidad de opinión, desde su "oficialización como tales hasta la proclamación de los electos" (art. 137, segundo párrafo); a los candidatos a legislador, una vez oficializadas las listas respectivas y hasta ser proclamados electos, la prerrogativa de "no ser molestados por las autoridades ni detenidos por opiniones vertidas con motivo de la campaña electoral" (art. 96, inc. 1º); a los Ministros, "las mismas inmunidades" que a los diputados (art. 145).

<sup>30 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 18 y notas al pie nros. 16 y 18. Sobre el punto, véase la sentencia n° 10 del 15/VI/995 del T.S.J. Cba, en *Semanario Jurídico* n° 1045 del 13/VII/995, p. 29, con nota de *Pedro J. Frías*; también, de ese tribunal, la sentencia del 14/1/996, en *Semanario Jurídico* n° 1130, 27/II/997, p. 231.

<sup>30 ter</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 18.

El principio no rige en el caso de la traición a la patria del art. 29 de la C. N.<sup>31</sup>.

Diferente de estos casos de real abstención de la ley penal respecto de todos o de algunos actos de ciertas personas, son otras situaciones en las cuales la ley penal alcanza a determinados individuos, sometiéndolos a sus efectos, pero sólo después de cumplidos ciertos presupuestos de naturaleza procesal. Pertenecen a esta categoría la inmunidad de arresto y el desafuero de los legisladores (C.N., 69 y 70), el juicio político (C.N., 53, 59 y 60) y el enjuiciamiento de los miembros del Poder Judicial<sup>(31 bis)</sup>.

Las inmunidades diplomáticas no son privilegios de irresponsabilidad penal, sino que se traducen en que sólo la Corte Suprema de Justicia de la Nación conoce originariamente (C.N., 116 y 117), el modo y en los casos en que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho internacional, en las causas criminales concernientes a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros, así como a las personas que componen la legación y a los individuos de su familia o servidumbre. La inmunidad, fundada en el resguardo de las funciones diplomáticas, funciona a partir de una imputación o sospecha de autoría o participación de la persona en un delito cometido en el territorio de la Nación o en un lugar sometido a su jurisdicción. Empero, la jurisdicción especial exclusiva de la Corte no se abre si la embajada o legación extranjera no la acepta. Puede ser renunciada, prorrogando la jurisdicción especial y exclusiva de la Corte a favor de los jueces de la Nación, mediante renuncia expresa convalidada por la respectiva embajada, con lo que cesa de ese modo la prerrogativa de las personas que componen la legación y de las familias y servidumbre<sup>(32)</sup>.

<sup>31</sup> C. S. de la Nación, *Fallos*, t. 234, p. 250. Más detalles sobre esta inmunidad, NUÑEZ, I, 182.

<sup>31 bis</sup> La Constitución de Córdoba establece la inmunidad de arresto y el desafuero en sus artículos 94 y 95. Según el art. 119, están sometidos a juicio político: el Gobernador, Vicegobernador, los miembros del Tribunal de Cuentas, los Ministros del Poder Ejecutivo, el Fiscal de Estado, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo y los miembros del Tribunal Superior de Justicia. Excluidos éstos, los demás magistrados y funcionarios del Poder Judicial, cuya designación requiere previo acuerdo del Senado (art. 144 inc. 9º), están sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento (art. 159).

<sup>32</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 15 y sgtes.; también, NUÑEZ, I, 190.



## Capítulo VI

### LEGISLACIÓN PENAL SUPLETORIA

Con arreglo al art. 4º del C.P., las disposiciones generales del Código se aplican a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispongan lo contrario. Los delitos previstos por leyes especiales no son los definidos y penados por las leyes complementarias del Código Penal, ya que la aplicación de sus disposiciones generales a estos delitos no se explica en razón del art. 4º, sino porque, incorporados o no al cuerpo del Código, constituyen materia suya, como son todos los delitos comunes. La mención de aquellos delitos, obedeció a la idea de someter a las regulaciones generales de la punibilidad dispuesta por el Código, a las represiones establecidas por las llamadas “leyes especiales del Congreso” o “leyes federales”, que no son otra cosa que las contravenciones federales<sup>32 bis</sup>.

La regla no rige respecto de las leyes penales provinciales porque las provincias conservan, y son soberanas al respecto, los poderes no delegados al gobierno Federal, como es lo que atañe a sus facultades locales represivas, de modo que en relación a ellas, no puede disponer el Código Penal. Pero las provincias pueden complementar vacíos de su legislación penal aplicando una regla del Código Penal, porque entonces obran dentro de sus propias facultades, adoptando como regla local una norma nacional<sup>32 ter</sup>.

<sup>32 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 30. Lo ha aplicado en relación al art. 2 del C. P. a las contravenciones de naturaleza económica, la Corte Suprema, caso Duperial S.A., cit. en la nota 21 anterior; y en el caso Compañía Azucarera Ingenio Amalia S.A., la Corte ha dicho que “las normas generales del Código Penal rigen también para las infracciones penal-administrativas, salvo expresa regulación legal en sentido contrario (2-XII-976, *La Ley*, 23 de marzo de 1977, fallo Nº 74.076).

<sup>32 ter</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 31 y nota el pie nº 55. Así procedió la Provincia de Córdoba, al disponer en la Séptima Disposición Transitoria de la Constitución reformada en 1987 que: “Hasta tanto la legislatura sancione la Ley sobre Delitos de Imprenta, rigen en la materia las disposiciones pertinentes del Código Penal Argentino”. Ello autoriza la aplicación del Código Penal, en la Provincia de Córdoba, respecto de los delitos comunes cometidos por medio de la prensa, pero no, por supuesto, para los ilícitos no delictivos alcanzados por una Ley de Imprenta local. Cfr. NUÑEZ, ob. cit., nota al pie nº 462, p. 215. Lo propio puede ocurrir en materia de faltas: así, por ejemplo, en la

Las leyes especiales se oponen a las disposiciones generales del Código Penal expresa o implícitamente. Sin embargo, no basta la incongruencia de la institución del Código con la institución y organismo de la ley especial, ya que la inconveniencia o inoportunidad de la aplicación de una disposición legal frente a otras no denota ya, de por sí, el rechazo de la una por la otra<sup>33</sup>.

---

ciudad de Córdoba, al remitir el Código de Faltas (art. 4, Ordenanza n° 7932 y sus modificatorias) al Código Penal, resulta aplicable en aquél ámbito el principio de la ley penal más benigna. Cfr. NUÑEZ, nota a la sentencia n° 3 del 24/I/1980 de la Cámara de Apelación de la Justicia Administrativa Municipal de Faltas de Córdoba, *Semanario Jurídico* n° 147, 27/X/1980, 280.

<sup>33</sup>

NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 31 y sgte. Ver, también, NUÑEZ, I, 192.

Tercera Parte

**EL DELITO**



## Capítulo I

### TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

#### I. Su objeto

El delito es susceptible de ser considerado desde distintos puntos de vista. Se lo puede explicar y definir biológica y sociológicamente, según lo hicieron, respectivamente, LOMBROSO<sup>1</sup> y FERRI<sup>2</sup>. Este punto de vista condujo a GARÓFALO a su concepción del "delito natural"<sup>3</sup>. El valor que para el derecho penal tienen esas investigaciones, no altera la distinción radical entre el delito como objeto de una ciencia natural y el delito como tema propio de la ciencia normativa, como es la jurídica.

#### II. Definición jurídica del delito

##### 1. Definición formal

El delito ha sido definido por los juristas de muy distinta manera. Antes de que la preocupación dogmática condujera a definirlo enumerando las características jurídicas que lo individualizan, el delito era definido de modo puramente formal, diciéndose que era el hecho previsto y penado por la ley<sup>4</sup>. Esta definición se limitaba a individualizar genéricamente el delito como el hecho punible, pero no adelantaba nada sobre sus características como tal.

##### 2. Definición doctrinaria

Ese formalismo fue abandonado por la Escuela Toscana, pero las características jurídicas que sus expositores le asignaron al delito en sus definicio-

<sup>1</sup> LOMBROSO estudia el delito como hecho biológico, producto de ciertas condiciones orgánicas y psicológicas de los individuos.

<sup>2</sup> Que concebía el delito como la conducta propia del hombre socialmente peligroso, producto de factores individuales, físicos y sociales.

<sup>3</sup> Para GARÓFALO, "el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas y fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad" (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 43; FONTÁN BALESTRA, I, 310).

<sup>4</sup> Era el tipo de definición corriente entre nuestros penalistas (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 29).



nes, no respondían como las que toman en cuenta las definiciones jurídico-dogmáticas del delito, a las características emergentes del derecho vigente en un país dado, sino a las propias de una doctrina pura del delito, deducida de los principios de la “suprema ley natural-jurídica”, que los legisladores debían obedecer para no caer en injusticias. CARRARA, expositor de este punto de vista, define el delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”<sup>5</sup>.

### 3. Definición dogmática

La definición dogmática del delito se caracteriza porque enuncia las condiciones que caracterizan jurídicamente el delito. Ella permitió que, abandonándose el tratamiento de las reglas generales del derecho penal sólo con motivo del estudio o aplicación de las particulares figuras delictivas, se confiara autonomía al estudio de ellos y se accediera así a la exposición de una teoría autónoma y sistemática de la Parte General del derecho penal.

#### A. SU EVOLUCIÓN

Las definiciones que los dogmáticos han dado del delito varían de acuerdo con sus respectivas posiciones científicas. A pesar de que, como regla general, las definiciones dogmáticas giran alrededor de los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la posición científica de la que parten, influye sobre el ordenamiento y el contenido de esos conceptos.

Es frecuente que los autores se satisfagan con la enunciación y comentario de las distintas definiciones dadas del delito. Sin embargo, lo importante para un Manual es explicar la evolución experimentada por las definiciones del delito, en razón de las diversas teorías científicas que las sustentan.

#### a. Positivismo jurídico o científico

En la primera etapa (v. LISZT-BELING), el *positivismo jurídico* elaboró la definición del delito partiendo, como elemento básico de ella, de la acción concebida como puro fenómeno causal, esto es, como abstención o movimiento corporal producto de la voluntad del agente. De esta manera, el positivismo concibió el *tipo delictivo* sólo como descripción de la abstención o movimiento corporal propio de cada delito. Al tipo le atribuía, como exclusiva función, la de constituir una garantía para el imputado en razón del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*: “Para el jurista, toda conducta que no puede incluirse entre los tipos descriptos por la ley -lo atípico-, por muy injusta y culpable que sea, es una conducta no penable...”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Programa, § 21.

<sup>6</sup> BELING, *El rector de los tipos de delito*, p. 10.

La *antijuridicidad* fue concebida en sentido objetivo, por estar determinada sólo por elementos materiales ajenos a la subjetividad del autor. A los elementos subjetivos se los ubicaba en la *culpabilidad*, en la que se veía una situación puramente psicológica, cuyas especies eran el dolo y la culpa, porque el uno o la otra comprendía, en su caso, todo el contenido de la culpabilidad.

En síntesis, según este punto de vista, la tipicidad y la antijuridicidad comprendían todo lo objetivo del delito, y la culpabilidad todo lo subjetivo. La tipicidad del hecho no implicaba ya el disvalor jurídico de la acción descripta; únicamente constituía un indicio de su antijuridicidad (*su ratio cognoscendi*), esto es, el motivo para conocerla.

Consecuente con su idea de la plenitud del derecho, el positivismo jurídico, desde el punto de vista negativo de la delictuosidad de las acciones adecuadas a un tipo penal, no admitía otras causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad del autor, que las admitidas por el derecho positivo. Rechazaba, así, de manera terminante, la existencia de *causas supralecales* por tener su fuente más allá de la ley, en normas no jurídicas, como son las normas de cultura social (las que rigen las costumbres, la economía, la moral, la religión, el arte, la literatura, etc., etc., de una comunidad nacional)<sup>7</sup>.

Dentro de esta corriente, BELING definió el delito, diciendo: "Delito es la acción típica, antijurídica, culpable, sujeta a una amenaza penal adecuada, cuyas condiciones satisface"<sup>8</sup>. Prescindiendo de la tipicidad como característica del delito, v. LISZT, lo había definido como: "El acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena"<sup>9</sup>.

### b. Normativismo

La concepción del delito del positivismo jurídico, fundada en la consideración lógico-formal de las reglas jurídicas positivas, fue sustituida por la corriente *normativa o teleológica*, que concibe el derecho penal con arreglo a sus fines y a las valoraciones que expresa. El normativismo elabora la definición del delito tomando en consideración la finalidad que cada uno de los elementos que lo estructuran están llamados a cumplir. De esta manera, atiende al significado material-valorativo de esos elementos (*función normativa*).

La *acción*, aunque concebida causalmente al igual que el positivismo jurídico, representa para el derecho, según esta corriente, un concepto de valor, una conducta valorizada de determinada manera. Por ello, al *tipo* se le

<sup>7</sup> Sobre esas normas de cultura social, MAX ERNST MAYER, *Filosofía del Derecho*, Colec. Labor, ps. 75 y ss., en esp. p. 89; id *Des allgemeine Teil des-deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, ps. 37 y ss.

<sup>8</sup> *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 7.

<sup>9</sup> *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 20ª ed. Alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, t. II, Madrid, 1927, p. 254.

atribuye un significado valorativo: es un *tipo de injusto*. El tipo ya no es, por consiguiente, un indicio de la antijuridicidad de la acción (su *ratio cognoscendi*), sino que es antijuridicidad tipificada (la *ratio essendi* de la antijuridicidad en relación al derecho penal). La *antijuridicidad* no es concebida sólo como simple oposición formal de la acción con la norma jurídica (*antijuridicidad formal*), sino también en su sustancia (*antijuridicidad material*). Esta reside en la dañosidad social de la acción lesionadora de bienes jurídicos. La admisión de que el tipo contiene, a la par que elementos objetivos o materiales, elementos que residen en la mente del autor (*elementos subjetivos*), tiene por efecto que a la antijuridicidad se le atribuye un fundamento subjetivo, a la par del objetivo reconocido por el positivismo jurídico.

La *culpabilidad* toma, igualmente, un sentido normativo. Ya no se la ve como el hecho psicológico representado por el dolo o la culpa. La culpabilidad es, ahora, una situación psicológica valorizada jurídicamente, que a la par del dolo o de la culpa y de la imputabilidad del autor, depende de circunstancias concomitantes a la acción que sirven para su valoración jurídica. La culpabilidad es, en síntesis, para esta teoría, una "situación de hecho valorizada normativamente", cuya exclusión también puede obedecer a causas supraleales.

Si para el normativismo, el tipo es antijuridicidad tipificada y la antijuridicidad también tiene, a través de los elementos subjetivos de lo injusto, un fundamento subjetivo, la consecuencia de esta teoría es que elimina la clara separación que los elementos de la definición del delito presentaban en la definición del positivismo jurídico.

Los campeones del normativismo fueron REINHART FRANK (*Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907 - *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*)<sup>9 bis</sup>, JAMES GOLDSCHMIDT (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913 - *El estado de necesidad, un problema de culpabilidad*, y *La concepción normativa de la culpabilidad*, 1930)<sup>10</sup>; FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf*, 1922 - *Culpabilidad y reproche*) y EDMUNDO MEZGER (*Tratado de derecho penal*, 2ª ed., 1933)<sup>11</sup>.

MEZGER define el delito de la siguiente manera: "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". Explicando el sentido de esta definición, muestra, de manera muy clara, su normativismo, cuando expresa: "Las características 'acción', 'antijuridicidad' y 'culpabilidad' se conciben aquí, ante todo, como determinadas situaciones de hecho sobre las que recae el juicio del juez y que, por tanto, constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio

<sup>9 bis</sup> Traducción al castellano de SEBASTIÁN SOLER, Publicaciones del seminario de Derecho Penal de Chile, 1966.

<sup>10</sup> Traducción castellana de MARGARETE DE GOLDSCHMIDT y RICARDO C. NUÑEZ, Buenos Aires, 1949.

<sup>11</sup> Traducción de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1949.

para la imposición de la pena". "Pero -agrega- no debemos olvidar que todas estas características sólo hallan, en último extremo, en el mismo juicio del que juzga su valoración definitiva. Su constatación no puede tener lugar mediante un simple *juicio sobre lo que es*: dicha constatación siempre lleva en sí una determinada valoración normativa del estado de hecho, por tanto, un *juicio sobre el valor*, al lado del juicio sobre lo que es"<sup>12</sup>.

### c. Finalismo

El *finalismo* significa una nueva evolución respecto del contenido de los elementos de la definición dogmática del delito, impuesta también, por una particular concepción de la acción.

La acción ya no representa un comportamiento causado por la voluntad, ni un concepto de valor, sino una actividad dirigida hacia su meta por la voluntad. Esto trae consecuencias respecto de la estructura de todos los elementos del delito.

La *acción* correspondiente a los tipos de delitos dolosos comprende ahora el dolo, porque éste es la finalidad delictiva que dirige la actividad del autor y la convierte en acción. El finalismo se aparta, así, del positivismo y del normativismo, para los cuales el dolo representaba, respectivamente, una de las especies de la culpabilidad o uno de sus elementos.

Desde que la acción ya no es un concepto de valor, según pensaba el normativismo, el *tipo* no es un tipo de injusto, sino, simplemente, un tipo de acción. Su sentido valorativo se reduce al que surge del hecho de constituir una selección de las acciones penalmente relevantes, las cuales sólo son antijurídicas si no concurre una causa de justificación. La tipicidad es, por lo tanto, un indicio de la antijuridicidad.

Respecto de la *antijuridicidad*, el finalismo se aparta del positivismo y del normativismo, en cuanto abandona la idea de que aquella únicamente significa una lesión o un peligro para un bien jurídico causados por la acción del autor (*disvalor del resultado*). Por el contrario, el finalismo piensa que la antijuridicidad reside siempre, en todos los delitos, en el *disvalor de la acción* en sí misma, y que únicamente en los delitos de daño o de peligro se presenta también como *disvalor del resultado*. Desde otro punto de vista, el finalismo abandona la idea restringida del normativismo de que la antijuridicidad tiene naturaleza subjetiva sólo si existen elementos subjetivos del tipo. Pienso, por el contrario, que siendo la finalidad inherente a la acción, que constituye el objeto del juicio de antijuridicidad, ésta, a la par de su naturaleza objetiva (en tanto la determinan elementos de naturaleza externa), tiene siempre una naturaleza subjetiva determinada por la finalidad del autor.

<sup>12</sup> *Tratado cit.*, I, p. 161.

Por último, el finalismo también innova en lo que atañe a la culpabilidad. En este aspecto, el finalismo se caracteriza por llevar a sus últimos extremos el concepto normativo de la culpabilidad. Para el normativismo, la culpabilidad no es pura reprochabilidad, sino una situación de hecho psicológica reprochable. Por el contrario, para el finalismo, liberada la culpabilidad de ese elemento psicológico por su traslado a la acción, la culpabilidad queda reducida a su aspecto normativo, esto es, a un puro juicio de reprochabilidad. La culpabilidad consistiría, entonces, en el reproche personal hecho al autor de que no ha actuado correctamente, conforme a lo que le exigía el derecho, a pesar de haber podido hacerlo.

Las ideas fundamentales del finalismo fueron expresadas inicialmente por HANS WELZEL en su artículo *Kausalität und Handlung (Causalidad y acción)*<sup>13</sup>.

#### B. LA DEFINICIÓN DEL DELITO CON ARREGLO AL DERECHO POSITIVO

Hoy aparece superada la tendencia a reprimir el comportamiento de los animales manifestada en otras épocas<sup>14</sup>. No es necesaria una investigación especial para comprobar que ahora los destinatarios de la represión penal son los hombres, y que se los castiga por sus *hechos*. Es el principio que informa nuestro derecho positivo: el artículo 18 de la Constitución exige, para castigar, una ley anterior al *hecho* del proceso<sup>14 bis</sup>; y los artículos 34,

<sup>13</sup> *Cuadernos de los Institutos*, N° 126 (Univ. Nac. de Córdoba), p. 195. La evolución ulterior de sus ideas puede verse en castellano en *el Derecho Penal, Parte general*. Traducción del alemán por el Dr. CARLOS FONTÁN BALESTRA con la colaboración del señor EDUARDO FRIKER, Depalma, Buenos Aires, 1956, y en *el Derecho penal alemán, Parte general*, 11ª ed., Traducción del alemán por el profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ y Prof. SERGIO YÁÑEZ PÉREZ, editorial Jurídica de Chile, en los siguientes trabajos de WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Versión castellana y notas por JOSÉ CEREZO MIR, ediciones Ariel, Barcelona, 1964; *La doctrina de la acción finalista, hoy* ("Anuario de derecho penal y ciencias penales", 1968, p. 221); ¿Un mal entendido sin solución? ("Acerca de la interpretación de la teoría finalista"), traducción directa del alemán de GLADYS ROMERO ("Revista de derecho penal y criminología", N° 4, 1968, p. 7); *La imprudencia y los delitos de la circulación (De la teoría de los delitos de imprudencia)*. Traducción de JOSEFINA NUÑEZ y JORGE E. DE LA RUA, "Cuadernos de los Institutos", N° 84, Universidad Nacional de Córdoba, p. 113). El finalismo orienta la labor de los últimos discípulos argentinos de JIMÉNEZ DE ASÚA (ver BACIGALUPO, *Lineamientos*). Pero no sucede lo mismo con los trabajos de aquél, de SOLER y FONTÁN BALESTRA. Una exposición crítica a esta corriente, NUÑEZ, *Tendencias de la Doctrina Penal Argentina*, en especial, p. 20 y sgtes, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología n° 1, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1984.

<sup>14</sup> Ver LADISLAW THOT, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal*, Bs. As., p. 27. Otras referencias, en NUÑEZ, I, 212.

<sup>14 bis</sup> El hecho penal tiene un contenido diferente al del hecho procesal. El primero, constituye el presupuesto de la pena, en cuanto condición para que dentro de nuestro sistema penal-liberal, se la pueda aplicar sin violar el principio constitucional *nullum crimen sine lege* (C.N., 18); la teoría

inc. 1º, 45 a 47, 54 y 55 del Código Penal, respectivamente, refieren a un *hecho* la imputación, la participación criminal y el concurso de delitos.

La Parte Especial del Código Penal demuestra que el *hecho* -que es equivalente a la "acción en sentido amplio" de que hablan los autores- es, a veces, una actividad (*acción en sentido estricto*), y otras un no hacer (*omisión*). Ejemplos de lo primero son los artículos 162 y 237. El apoderamiento en que consiste el hurto y el empleo de la intimidación o de la fuerza para lograrlo, significan actividades. La delincuencia tiene en la actividad su fuente mayoritaria. La *actividad* no sólo se traduce en movimientos corporales, sino, también, en actitudes (p. ej., la injuria) o palabras (p. ej., además de la injuria, la calumnia). Constituyen ejemplos de no hacer, la omisión de auxilio (art. 108) o de acto de oficio (art. 249), la denegación de justicia (art. 273) y el retardo de ella (art. 274).

De tal manera, en el derecho positivo, al *hecho* o *acción en sentido amplio* corresponden como especies, la *acción en sentido estricto* y la *omisión*. En esta forma, el derecho positivo ha solucionado terminológicamente el problema que representa involucrar en un concepto superior común dos conceptos diferentes como son el de la *acción* y el de la *omisión*<sup>15</sup>.

Sólo la *acción* es susceptible de ser concebida desde el punto de vista exclusivamente natural, pues para estructurarla basta la actividad como tal. No sucede lo mismo con la *omisión*, ya que ésta no es un simple no hacer. Para concebirla es necesario, además de la inactividad, pensar en una norma que le exigía al autor la respectiva actividad. La omisión requiere, por consiguiente, una exigencia jurídica de hacer lo que no se hizo. Pero esto no obsta para que el delito tenga siempre como fuente real el trastorno social derivado de la conducta humana positiva o negativa, esto es, el hecho en su manifestación activa u omisiva.

El principio político superior expresado por la máxima *nullum crimen sine praevia lege poenali*, deja fuera del área del derecho penal los hechos que, en su estructura jurídica, no se presentan como *tipos* predeterminados por el legislador.

Empero, para el derecho, el hecho humano puede resultar indiferente o beneficioso, caso en el cual resultaría infundado o contradictorio que la ley penal lo tipificara. La tipificación penal de los hechos presupone jurídicamente normas prohibitivas u ordenadoras de esos hechos como *antijurídicos*,

---

del hecho procesal obedece a otro fin: su fundamento debe buscarse en la exigencia constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (C.N. art. 18; C. Córdoba, art. 40). NÚÑEZ, *La materia del juicio criminal: el hecho procesal y su identidad en la acusación y en la sentencia*, La Ley, t. 19, jul/set. 1940, p. 756.

<sup>15</sup> Sobre esos problemas, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, III, N° 1053; MEZGER, I, 187, y la nota de Rodríguez Muñoz de la p. 190; GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, N° II, 3 y 4.

por ser socialmente inadecuados por su dañosidad o peligrosidad para los bienes jurídicos. Que éste es el punto de vista del derecho vigente, resulta de la circunstancia de que la imputación delictiva se excluye si el autor de un hecho definido como punible, lo comete en defensa de un interés que la le aprecia como socialmente preponderante frente al bien protegido por la pena. Es lo que sucede cuando el autor del hecho definido como delito procede en resguardo del "mal menor" (art. 34, inc. 3º), o del cumplimiento de un deber o del ejercicio del propio derecho, autoridad o cargo (art. 34, inc. 4º); o del deber de obedecer la orden legítimamente impartida (art. 34, inc. 5º); o lo hace en defensa legítima de su persona o de la de un tercero o de los derechos propios o de otro (art. 34, incs. 6º y 7º).

Más aún: de la naturaleza normativa del derecho penal deriva una condición más para castigar penalmente a una persona. Como que las normas tienen por objeto la regulación de la conducta humana, presuponen que sus destinatarios son personas dotadas de la capacidad y de la posibilidad necesarias para recibir su influencia y, por consiguiente, susceptibles de ser objeto de un reproche jurídico por su violación, como *culpables* de ella. Así lo acepta el Código Penal, que asienta la responsabilidad delictiva en la posesión por parte del autor de la conciencia de la criminalidad de su acto y en su posibilidad de dirigir su acción (art. 34, inc. 1º) y de determinarse con libertad (art. 34, inc. 2º).

Si bien el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad del autor representan los conceptos estructurantes del ente jurídico *delito*, la limitación de la definición dogmática a esos elementos olvidaría que a la ley penal no le interesa como objeto principal el delito en sí, sino el delito como expresión de los presupuestos legales de la procedencia de la pena. A la ley penal no le interesa el delito en sí, sino el delito *punible*, vale decir, el delito que, además de sus elementos estructurantes, admite que se lo castigue en el caso concreto por satisfacer las otras condiciones establecidas por la ley para que proceda el castigo. Esta exigencia se trasluce en el derecho vigente en la necesidad de que el hecho sea perseguible penalmente (arts. 71 y ss. y 59 y ss.) y que no esté excusada la responsabilidad del autor (p. ej., art. 185)<sup>16</sup>.

Con arreglo a lo dicho hasta aquí, el delito, como hecho punible, se puede definir como el *hecho (acción en sentido amplio), típico, antijurídico, culpable y punible*.

Esa sistematización de los presupuestos de la pena se traduce, por regla, en la separación, en el orden establecido, de su consideración. Sin embargo,

<sup>16</sup> Ver la amplísima exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, Nos. 1954 y ss., respecto de la controversia sobre si la punibilidad es "carácter" o "consecuencia" del delito. En realidad, no es, como piensa JIMÉNEZ, un "carácter" del delito, sino una consecuencia de él, ya que jurídicamente el delito se integra por el hecho típico, antijurídico y culpable. Otra cosa es decir, como nosotros, que la punibilidad, a la par de aquellos elementos, es un presupuesto de la pena.

---

a veces, el propio tipo penal, como sucede cuando contiene elementos normativos o subjetivos, o las causas de justificación que, de acuerdo con la regla legal positiva, presentan características subjetivas, trastocan el orden de esa consideración.





## CAPÍTULO II

### EL HECHO

(Acción en sentido amplio)

#### I. Exterioridad del hecho

El hecho es conducta humana manifestada como actividad (*acción*) o inactividad (*omisión*): *cogitationes poenam nemo patitur* (*Digesto*, 18, de poenis, 48, 19). Es el principio sobre el que el derecho positivo asienta el derecho penal: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (C. N., 19)<sup>1</sup>. La *exterioridad* es, pues, una característica esencial del delito.

#### II. El agente del hecho

Sólo las *personas* físicas pueden ser agentes del hecho. Las que habiendo existido como tales, ya no existen, no pueden hacer nada, y, por lo tanto no pueden ser delincuentes, ni sufrir personalmente consecuencias a raíz del hecho cometido en vida<sup>1 bis</sup>.

<sup>1</sup> Estas acciones son tanto los actos internos como los actos externos de que hablan los juristas clásicos (CARRARA, Programa, §. 28). La inmunidad de los primeros frente a la jurisdicción de los magistrados es absoluta, pues un acto que no se exterioriza -si no es una concepción autoritaria- no puede ofender bienes del mundo exterior, como son los bienes de naturaleza jurídica; en cambio, la inmunidad de los actos exteriores no es absoluta, pues depende de la capacidad ofensiva del acto en relación a aquellos bienes jurídicos (C.N., 19). NUÑEZ, *Tenencia de estupefacientes*, Doctrina Penal 1979, p. 260. Pero, tratándose de actos externos, una acción es privada no porque, desde el punto de vista de su ejecución, materialmente no tenga trascendencia pública, porque no se realiza en sitio público o en un lugar que queda a la vista del público; lo es, por la intrascendencia pública de sus efectos respecto al orden o moral públicos o a la incolumidad de los derechos de un tercero. Así, la tenencia o consumo de estupefacientes en un lugar privado no es una acción privada que, como tal, quede al margen del magisterio penal porque, por su vinculación con el tráfico y el consumo de estupefacientes, trasciende peyorativamente sobre la salud pública. NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit. p. 159 y sgte y nota al pie n° 325.

<sup>1 bis</sup> Según el Proyecto Tejedor: "El que se quite voluntariamente la vida incurre por el mismo hecho en la privación de los derechos civiles, y las disposiciones últimas, que hubiese hecho se tendrán por nulas y de ningún valor" (Parte II, Lib. I, Tit. I, § 6°, art. 1°). Se trataba, en realidad, de la sanción a un muerto por el hecho cometido en vida. Sobre el castigo del suicida, ver la nota de TEJEDOR al artículo mencionado. También, CARRARA, Programa, § § 1151 y ss.

Las *asociaciones*, con o sin personalidad jurídica, no pueden ser agentes de un hecho punible como delito: *societas delinquere non potest*. Salvo el Proyecto de 1951<sup>2</sup>, nuestros precedentes legislativos no han admitido en el derecho penal común otro sujeto activo del delito que la persona física. No ha sucedido así en el derecho administrativo, en el cual las leyes han dispuesto la aplicación de sanciones penales a las sociedades comerciales y a las personas jurídicas<sup>3</sup>. La propia Corte Suprema de la Nación ha declarado que: "A los fines de las sanciones que supone el derecho penal fiscal no se aplican las reglas comunes relativas a la responsabilidad por actos delictuosos. La acción penal puede ser dirigida contra las personas jurídicas y éstas ser condenadas a las penas pecuniarias que las leyes de la materia fijen, como una excepción a la regla general de la irresponsabilidad establecida por el art. 43 del Código Civil" (*Fallos*, t. 216, p. 397).

La posibilidad de que las personas morales o asociaciones puedan ser sujetos activos de un delito, ha sido negada, sea porque esos entes carecen de una voluntad propia que pueda fundar una criminalidad distinta a la de sus órganos, en virtud de cuyas voluntades reales se desenvuelve la actividad social; sea porque la personalidad de las personas jurídicas sólo existe en el ámbito de las finalidades lícitas perseguidas por su creación y reconocimiento legal, lo que excluye que se les pueda reconocer personalidad a los efectos delictivos; sea, en fin, porque la responsabilidad penal de las personas ideales desconoce el principio de la personalidad de la pena y conduce al castigo de los terceros inocentes que integran la asociación, pero que no han participado en los actos delictivos realizados por su órganos representativos.

El fin retributivo y preventivo que es inherente a una ley de naturaleza penal, sólo puede realizarse si los destinatarios de él son las personas físicas, únicas poseedoras de la conciencia y voluntad susceptibles de retribución y prevención. Esto reconoce, sin lugar a dudas, un código penal que define la autoría delictiva como una participación en la ejecución del delito (C. Penal, art. 45). Las leyes penales contravencionales, en cuyo ámbito se desenvuelve la cuestión relativa a la responsabilidad penal de los entes ideales, no desconocen ese principio cuando literalmente se refieren a esa responsabilidad. En realidad, la referencia que esas leyes hacen a la aplicabilidad de penas a dichos entes, sólo es una consecuencia de la ficción jurídica que ellos significan. Así como las sociedades o asociaciones de personas físicas, en el ámbito civil, comercial o administrativo, no obran directamente, sino por intermedio

<sup>2</sup> Cuyo art. 42, bajo el epígrafe de "sujeto activo", reza: "Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los sujetos de derecho, con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria" (solo el amor de su autor por la omnipotencia del Estado, impidió que siguiera en toda la línea ese error).

<sup>3</sup> Ver leyes 19.359, 22.338 sobre Régimen Penal Cambiario, art. 2º, inc. f, y Ley 20.680 de Abastecimiento, arts. 5 y 8; también, NUÑEZ, t. 1, p 214, nota 11.

de la ficción del ente ideal, de la misma manera las sanciones que se dicen aplicadas a los entes ideales sólo implican una forma de castigar a las personas físicas que, como componentes u órganos del grupo societario, realizaron las acciones o incurrieron en las omisiones punibles con arreglo a la ley contravencional. Esta complementación jurídica de las personas físicas por las personas ideales, para que aquéllas puedan realizar sus fines societarios, basta para advertir que la imposibilidad de que a las segundas se las castigue como autoras de una infracción punible, no deriva de la inadmisibilidad del castigo por el "hecho de otro"<sup>4</sup>.

### III. Las dos formas del hecho

Ya hemos dicho que el hecho puede exteriorizarse bajo las formas de una actividad o de una inactividad. La primera forma corresponde al concepto jurídico de *acción*: la segunda, al concepto jurídico de *omisión*. Se trata de dos formas cuyas estructuras ontológica y jurídica son antitéticas.

Ontológicamente la acción consiste en hacer y la omisión implica no hacer. Jurídicamente la acción significa la violación de una norma que prohíbe realizar el hecho, mientras que la omisión implica la violación de la norma que manda realizarlo.

La acción y la omisión caen, sin embargo, en el concepto común de la valoración jurídico-delictiva. Además de este punto de enlace valorativo, que también se da en la concepción social-delictiva, la acción y la omisión presentan, como después se verá, una base común en el mundo del ser: el proceso anímico voluntario de impulsión del comportamiento exterior activo, propio de la primera, y del comportamiento exterior, negativo, propio de la segunda. Empero, las comuniones señaladas no autorizan a confundir, como por lo general se hace, la teoría de la acción con la de la omisión, pues a partir de la manifestación de la voluntad resultante del proceso voluntario externo, los elementos de la una y de la otra son diferentes.

<sup>4</sup> Según piensa GRAMAJO, *La acción en la teoría del delito*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 111 y ss.



### Capítulo III

## LA ACCIÓN

Los autores, sin distinguir entre la acción como actividad y la acción como inactividad (omisión), han concebido la *acción* desde tres puntos de vista diferentes: el causal, el finalista y el social.

#### *I. Concepción causal de la acción*

Esta concepción mecanicista de la acción humana es compartida por el positivismo jurídico (v. LISZT-BELING-RADBRUCH) y el normativismo (MEZGER). Ella atiende a la función puramente causal de la voluntad respecto del movimiento exterior realizado por el agente, desvinculadamente del contenido de esa voluntad, porque la volición que toma en cuenta esta teoría se desentien- de de la finalidad del agente, y es sólo el “impulso de la voluntad”, definible físicamente como innervación y psicológicamente como un proceso de la conciencia que, libre de violencia física, causa el comportamiento, vale decir, la actuación exterior de la voluntad<sup>1</sup>.

Consecuentemente, la *acción* se define, sea como el movimiento corporal causado por un acto de voluntad, entendido éste como la conducta que, libre de violencia física, está determinada (motivada) por las representaciones<sup>2</sup>; sea como un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva” de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de innervación muscular, “voluntariedad”, -fase interna, “subjetiva” de la acción)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ver LISZT, *Tratado*, § 28; WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 31.

<sup>2</sup> Ver LISZT, *Tratado*, § 28, I.

<sup>3</sup> BELING, *Esquema*, p. 19.

La concepción causal de la acción, que, en sustancia, la identifica con la actividad o inactividad voluntaria, presenta dificultades en lo que atañe a la delimitación precisa de lo que es una manifestación de voluntad como ingrediente causal de la acción y lo que es la manifestación de voluntad como ingrediente sicológico de la culpabilidad<sup>4</sup>. Sin embargo, es posible advertir la diferencia entre la manifestación de voluntad como potencia síquica dominadora del movimiento o inactividad corporal desde el punto de vista causal y la manifestación de voluntad como finalidad directriz del movimiento o inactividad corporal. La primera es la voluntad de accionar, esto es, de asumir una actitud corporal activa o pasiva; la segunda es la voluntad de lograr mediante la acción determinados objetivos.

## II. Concepción finalista de la acción

Para la concepción finalista, la acción no es un acontecer causal, sino un acontecer final. Según este modo de concebirla, la acción humana no se caracteriza porque entre la voluntad de la persona que acciona y su actividad o inactividad corporal medie una relación de causa (la voluntad) a efecto (la actividad o inactividad). Para el finalismo, la voluntad cumple, como integrante de la acción, una función directriz hacia la consecución de fines predeterminados, mediante su anticipación por el autor, la elección y aplicación por éste de los medios que considera aptos para lograrlos y la consideración por él de los efectos concomitantes a su logro<sup>5</sup>. Sólo la actividad o inactividad así dirigida es, natural y legalmente, una acción.

Muy significativamente señala MAURACH: "acción es actividad final humana. El agente contempla la meta, antes de elegir el medio; se decide en favor de la consecución de la meta antes de interponer el medio. La acción se caracteriza, según la conocida expresión de WELZEL, por la anticipación del fin en el pensamiento; consiste en la dirigida interposición de los medios, disponibles al sujeto, para la consecución de su meta"<sup>6</sup>.

Lo mismo que la concepción causal, el finalismo admite en la acción una fase interna que transcurre en la esfera del pensamiento y una fase externa que se desarrolla en el mundo real, pero le asigna contenidos muy distintos. En tanto que el causalismo reduce la fase interna al impulso voluntario, el finalismo la concibe como anticipación (o proposición) del fin que el autor quiere realizar, seguida de la elección de los medios para su realización y la consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos. Mientras que el causalismo reduce la fase externa a la actuación de la voluntad como resultado causado por la fase interna, sin aten-

<sup>4</sup> GRAMAJO, ob. cit., ps. 28 y ss.

<sup>5</sup> Véase WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 53, BACIGALUPO, *Lineamientos*, p. 25.

<sup>6</sup> *Tratado*, I, p. 201.

der al fin perseguido por el autor, el finalismo ve en esta segunda etapa de la acción un proceso causal real dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento del autor<sup>7</sup>.

Esta concepción de la acción sobre la que los finalistas construyen al teoría jurídica del delito y que se caracteriza porque, en contra del positivismo y del normativismo, traslada el dolo, de la culpabilidad a la acción, apareja transformaciones sustanciales respecto de la estructura de los distintos elementos jurídicos del delito admitida por aquellas corrientes. También genera nuevos puntos de vista sobre la participación criminal y el concurso de delitos<sup>8</sup>.

### III. Concepción social de la acción

La idea de que ontológicamente no es posible someter la acción y la omisión a un concepto común, ha sido superada por la *concepción social de la acción*, la cual reúne en un criterio superior de carácter valorativo, entidades que como el hacer y el no hacer, resultan incompatibles en el mundo del ser. Este criterio valorativo, que parte de la consideración de la conducta humana frente a la sociedad, condujo a la noción de la acción como la realización de un resultado socialmente relevante, que, desde el punto de vista jurídico-penal, se traduce en la producción de un resultado típico. Esta conducta socialmente relevante puede consistir: a) en una actividad finalista; b) en la causación de consecuencias dominables por el autor; y c) en una inactividad frente a una acción esperada<sup>9</sup>. Sin embargo, este punto de vista no deja de estar subordinado al derecho, porque en definitiva debe tratarse de una conducta receptada por una figura de la ley penal.

### IV. Concepto de la acción en el Derecho positivo

El *concepto de acción* que interesa a la dogmática es el que da el derecho positivo. El concepto ontológico, prejurídico, interesa aquí sólo en lo que

<sup>7</sup> WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, ps. 26 y 27.

<sup>8</sup> Le han hecho objeciones a la concepción finalista de la acción, entre otros autores, Rodríguez Muñoz, en la nota de la p. 196 de MEZGER, *Tratado*, I; Grispigni, *La nueva sistemática del delito en la doctrina alemana más reciente* ("Criminalia", México, 1952, p. 296); Franco Guzmán, *Los elementos subjetivos del injusto en la teoría finalista de la acción* (sobretiro de la "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. IV, abril-junio, 1954, N° 14); MEZGER, obras y lugares citados; BOCKELMAN, *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, 1960, ps. 40 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, Nos 1057 y 1075 bis; GIMBERNAT ORDEIG, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, p. 410; JESCHECK, *Lehrbuch*, §§ 151 y ss.; BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts - Eine Einführung in die Systematik und Hand von Fällen*, 3ª ed., Stuttgart, 1969, ps. 45 y 46; Schönke-Schroder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 15ª ed., Munich, 1970, Observaciones preliminares de la Parte General, B, IV; BAUMANN, *Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 104 y sgts. y 109 sgts.

<sup>9</sup> Véase JESCHECK, *Lehrbuch*, § 23, IV.



atañe al examen de su posibilidad de trascender a la estructuración jurídica de la acción.

WELZEL, el iniciador y más consecuente finalista, parte de dos puntos básicos: 1º) que la acción es una "estructura lógico-objetiva" finalista, lo que equivale a decir que la acción como materia de la regulación jurídica es ontológicamente finalista; 2º) que la "estructura lógico-objetiva" finalista de la acción prescribe que su regulación jurídica se efectúe de una manera determinada, lo cual el legislador puede o no hacer, pero si no lo hace, la violación de la "estructura lógico-objetiva", aunque no implica la invalidez de la regulación, sí implica una regulación con lagunas, contradictoria y no objetiva<sup>10</sup>.

La tesis no es aceptable ni científica ni dogmáticamente. Resulta cuestionable que el derecho deba amoldarse a lo que el finalismo presenta como la "estructura lógico-objetiva" de la acción, vale decir, como la estructura de la acción que debe aceptar y tomar en cuenta el derecho.

La *naturaleza finalista* de esa estructura depende, en definitiva, de una *valoración* sobre que lo esencial de la acción reside en la función de dirección final de la voluntad del autor y no en su función causal. El derecho puede, por consiguiente, partir de otra valoración, sin incurrir, por ello, en contradicción o dejar de ser *objetivo* por desconocer una *realidad*. Por el contrario, el positivismo jurídico asienta su dogmática en el reconocimiento de tres realidades distintas, como son la realidad exterior, el derecho y la culpabilidad.

Así como la "naturaleza de las cosas", de la que la "estructura lógico-objetiva" participa, no representa, como materia o sustancia que el derecho debe regular, un principio indefectiblemente rector de la legislación por su necesaria trascendencia jurídica, como expresión de una legalidad inmanente a las cosas<sup>11</sup>, tampoco lo representa, de por sí, el concepto de la acción finalista.

De tal manera, el concepto de la acción finalista sólo puede determinar la dogmática del delito si ha sido receptado por el derecho positivo. Resulta, empero, que nuestro derecho penal positivo, salvo, por ej., las excepciones de los elementos subjetivos del tipo y la tentativa, no ha receptado el concepto final de la acción, sino el causal, pues la mayoría de los delitos que reprime están estructurados sobre la base de esta última concepción. Así, por ej.,

<sup>10</sup> WELZEL, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, ps. 35 y 36.

<sup>11</sup> Ver RADBRUCH, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, ps. 63 y ss., y la Introducción del traductor GARZÓN VALDÉS; RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, México - Bs. As., § 6, IV, 2; CEREZO MIR, *La Naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica* ("Revista general de legislación y jurisprudencia", 1961, Nos 1, 2, p. 73); GARZÓN VALDÉS, *Derecho y naturaleza de las cosas*, t. I, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, t. II, 1971.

para dar la noción de la acción de matar, lesionar o dañar, correspondientes a tipos de delitos dolosos, basta, respectivamente, la materialidad de la privación de la vida a una persona, del daño en el cuerpo o la salud ajenos y del perjuicio a la cosa de otro, aunque el autor, admitiendo que la acción le es propia, se excuse por su falta de intención respecto de esos resultados<sup>12</sup>.

Por el contrario, la noción de la acción punible no se puede lograr de esa manera objetiva, sin recurrir a la finalidad del autor, en los delitos correspondientes a tipos con elementos subjetivos de naturaleza intencional y en la tentativa. En estos casos, la realidad objetiva finalista vincula a la conceptualización jurídica. Este desdoblamiento no implica desconocer que el derecho penal debe partir siempre de la concepción del hombre como un ser responsable que actúa con fines, sino que, simplemente, significa que la sistemática jurídica es libre para considerar separadamente lo que corresponde a la objetividad y a la subjetividad de la conducta humana.

El hecho de que, en su sistemática, el finalismo haya separado la *acción del resultado delictivo*, ha facilitado sin lugar a dudas, su idea de que toda acción dolosa es final, porque es algo que tiende hacia su objetivo. Pero, en realidad, los verbos matar, lesionar o dañar no significan una conducta tendiente a privar de la vida a otro, o a dañar su cuerpo o salud, o a perjudicar la cosa, sino que implican la realización de esos objetivos. El “ha matado a otro”, que presupone la consumación del homicidio, tiene su esencia en el resultado y no en el comportamiento corporal dirigido a lograrlo. La ley penal atiende a ese resultado mortal (art. 79), y sólo subsidiariamente al comportamiento tendiente a consumarlo (art. 42). Tanto tiene un arma prohibida el que la conserva contra su voluntad o no se acuerda que está en su poder, como el que la mantiene intencionalmente. Según el derecho positivo, el que es un incapaz o actúa por error acciona, aunque no puede dirigir su conducta (C. P., 34, inc. 1º).

Donde el finalismo ha encontrado los mayores obstáculos para justificar la concepción final de la acción, es en los *delitos culposos*. En un primer momento, frente a la evidencia de que el resultado previsto por el tipo penal de esos delitos, no está comprendido en la finalidad del autor del delito culposo, WELZEL, ampliando el concepto de la finalidad, dijo que la naturaleza final de la acción culposa residía en la finalidad que el autor pudo tener observando la diligencia necesaria en la dirección finalista y que hubiera evitado el resul-

<sup>12</sup> Ver GARZÓN VALDÉS, *Derecho y naturaleza de las cosas*, cit., p. 73. En cambio, no parece aceptable la idea de este autor de que son acciones los hechos inintencionales de tropezar (dar con un estorbo), trastabillar (dar traspié), tartamudear (hablar o leer con pronunciación entrecortada y repitiendo las sílabas), equivocarse (errar al conocer, juzgar u obrar) y vacilar (moverse de una manera indeterminada, estar poco firme o titubear), pues esos hechos no son otra cosa que accidentes que interfieren el desenvolvimiento de una acción (tropezar, trastabillar) o modos de ella (tartamudear, equivocarse y vacilar).

tado penalmente típico (“finalidad potencial”)<sup>13</sup>. De esta manera, la acción culposa no era una acción finalista por su composición, sino por su referencia a la finalidad debida. Con esto, WELZEL, haciendo depender la naturaleza finalista de la acción culposa de un elemento valorativo (normativo) propio de la culpabilidad, como es el concepto de lo debido, abandonó el deslinde entre la acción y la culpabilidad, a la par que su idea de construir la acción de un modo puramente sicológico-finalista, despojado de todo normativismo<sup>14</sup>.

No puede tener mejor suerte la nueva justificación de WELZEL de la naturaleza finalista de la acción culposa. Según ella, los tipos de los delitos culposos no se refieren, como los tipos de los delitos dolosos, a acciones cuya finalidad es la realización de resultados intolerables socialmente, sino que se ocupan de acciones que tienden a la realización de otros objetivos, pero que, por lesionar, en razón de su modo de ejecución, el cuidado requerido para evitar resultados intolerables socialmente, los produce sin que el autor haya pensado en su prohibición o a pesar de que haya confiado que no se produjeran. Con esto, la antijuridicidad y tipicidad de la acción culposa se hace depender de la comparación de “la dirección concreta de la acción final” con una “conducta social modelo” orientada a evitar los resultados intolerables socialmente<sup>15</sup>.

Tal fundamento, si bien prescinde de la idea de que el resultado típico es lo esencial en el delito culposo y lleva la consideración sobre la ejecución de la acción, satisfaciendo los deseos de WELZEL de personalizar lo injusto,<sup>15 bis</sup> mantiene la confusión de los elementos estructurantes de la acción y de la culpabilidad, desde que adelanta al momento de aquélla un juicio o momento normativo cuya materia no es la contrariedad objetiva de la conducta con el mandato del derecho<sup>16</sup>, sino el comportamiento síquico del autor causante de esa contrariedad<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> *Derecho penal* (1956), p. 4.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, nota a MEZGER, *Tratado*, I, p. 211; CEREZO MIR, nota a WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 39, donde también se menciona el intento fallido de resolver el problema refiriendo la finalidad potencial a la posibilidad o evitabilidad objetiva, porque esto demanda, igualmente, una valoración de lo que se puede exigir al autor. WELZEL ha reconocido el error, atribuyéndolo al “prejuicio generalizado de la doctrina jurídico penal, de que el resultado era el aspecto jurídico penal del hecho culposo” (*Derecho penal*, 11ª ed., p. 184); íd., *¿Un mal entendido sin solución?* (“Revista de derecho penal y criminología”, N° 4, 1968, p. 7).

<sup>15</sup> WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., ps. 184 y 185; íd., *Das deutsche, Strafrecht -Eine Systematische Darstellung*, 8ª ed., Berlín, 1963, Parte primera, III, 2 b); íd., *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 34. Con amplitud WELZEL, *La imprudencia y los delitos de la circulación*, Traduc. de JOSEFINA NUÑEZ y JORGE DE LA RUA, “Cuadernos de los Institutos”, N° 84, Universidad Nacional de Córdoba, p. 113.

<sup>15 bis</sup> Ver WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 67; íd., *Derecho penal* 11ª ed., p. 91.

<sup>16</sup> Porque -en el ejemplo que pone WELZEL- el desvío del vehículo hacia la izquierda en la curva, es objetivamente contrario a la regla de tránsito que exige dar la curva conservando la derecha.

<sup>17</sup> El desvío hacia la izquierda no fue producto de la intención del autor o de un hecho fortuito que no le es imputable, sino de su descuido (negligencia) o imprudencia al conducir. No se trata de la oposición de la conducta con la regla, sino el porqué de esta oposición.

La acción, empero, es, en sí misma, ajena a toda valoración. Consiste en el comportamiento corporal (dar la curva desviándose el automóvil hacia la izquierda) y el resultado (lesión al ocupante del vehículo chocado). Su *antijuridicidad* consiste en que el desvío hacia la izquierda está prohibido por el reglamento de tránsito. La *culpabilidad* del autor reside en que, por su manejo negligente o su imprudencia, se desvió al tomar la curva a excesiva velocidad. Bien puede ser que, sin embargo, el desvío no fuera antijurídico por estar permitido en esas circunstancias (p. ej., por tratarse de una prueba de destreza legalmente autorizada). O bien, si el desvío era ilegítimo, el autor pudo no tener culpa (v.gr., si un tercero dispuso malignamente el mecanismo de la dirección para que el desvío sucediese)<sup>18</sup>.

El argumento de que si la finalidad es inherente a la tentativa del delito no tiene por qué no serlo también a su consumación<sup>19</sup>, olvida que en razón del principio jurídico de la absorción, una vez consumado el delito, el único objeto de la consideración jurídica es el tipo absorbente y no el consumido, el cual, aunque representa un tramo para la realización del primero, no es un elemento suyo.

El Código Penal no ha receptado un concepto final, sino un concepto causal de la acción. Lo muestra muy claramente el artículo 34, inciso 1º, que, como hemos señalado, admite la existencia de la acción a pesar de que el autor no la haya podido dirigir por error o por ignorancia de hecho, lo que supone que la acción correspondiente a los tipos de los delitos dolosos no se excluye por el hecho de que la ignorancia o el error eliminen la finalidad delictiva. Lo ratifica el artículo 45, que no hace depender la coautoría de la finalidad de los agentes, sino de la circunstancia objetiva de que "tomaren parte en la ejecución del hecho", con lo que se opone a la concepción finalista de la autoría fundada en el "dominio final sobre el hecho" por el agente<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Dice WELZEL que: "Sólo importa jurídicamente la acción con su tendencia final: el hecho de cerrarse en un viraje dudoso, de atravesar una encrucijada a una velocidad exagerada, de detener su vehículo y examinar la situación, etc. Estos *actos finales* constituyen la base de la apreciación jurídica; uno se pregunta si en la situación concreta de la causa han sido apropiados, correctos, prudentes" (*La imprudencia y los delitos de la circulación*, p. 128, nota 24). Pero, lo real es que lo que le interesa al tipo del delito culposo no es el fin del autor (llegar pronto o llegar al lugar de su destino), ni lo apropiado, correcto o prudente de la conducta, sino que el autor, por la falta de propiedad, la incorrección o la imprudencia de su conducta, causare (arts. 84, 94 o 177, 189, 192), cometiere (arts. 254, 255), diere ocasión (art. 262) o produjere (art. 281) el resultado típico. Si falta éste, no es la ley penal la que toma interés por el hecho, sino, cuando es el caso, como sucede con el tránsito, la ley contravencional.

<sup>19</sup> WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 65; íd., *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 33.

<sup>20</sup> Sobre la concepción finalista de la autoría, ver WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 145; BACIGALUPO, *La noción del autor en el código penal*, Buenos Aires, 1965. Véanse las notas de GENÓCRATES en La Ley, t. 130, fallo 60.203 y t. 136, fallo 63.730.

## V. Elementos de la acción. Definición

### 1. Elementos y definición

En la composición de la acción entran: a) la voluntad del autor; b) el comportamiento exterior de éste; y c) en los delitos que lo exigen, el resultado. Por lo tanto, en su más amplia concepción, en el sentido del derecho penal, la *acción* es el comportamiento exterior voluntario que causa un resultado. Pero el tipo delictivo puede no requerir un resultado.

### 2. La voluntad

La *voluntad*, en el sentido que aquí la tomamos, es el proceso anímico impulsor o inhibidor de los nervios motores y, así, de la actividad o inactividad corporal de la persona. Si la actividad o inactividad corporal es ajena a la actuación real o posible de ese factor anímico, no representa una acción personal.

No corresponde a la persona que lo realiza y no es una acción, la actividad o inactividad atribuible:

a) A una excitación de los nervios motores debida a un estímulo fisiológico-corporal, interno o externo, ajeno a la impulsión voluntaria de la persona, como son el estornudo, los estados convulsivos y la reacción por cosquillas o por el pinchazo (*movimientos reflejos*);

b) A movimientos puramente fisiológicos, como el del tórax, debido al proceso respiratorio, cuya supresión está al margen de la energía síquica de la persona;

c) A una fuerza físicamente irresistible (*vis absoluta*) (C.P., 34 inc. 2º), caso en el que la persona del forzado es un instrumento de un tercero o la resultante de la impulsión de una fuerza natural o mecánica extraña. La persona forzada *non agit sed agitur*. No es propia, la falsificación realizada por la mano guiada en forma invencible por un tercero; ni lo es el desplazamiento corporal debido al lanzamiento efectuado mecánicamente u ocasionado por la caída en el vacío;

d) A estados fisiológicos, como la fiebre, el sonambulismo, el hipnotismo, y otros estados semejantes, en los cuales la voluntad es impotente o gobernada.

Al dominio de la voluntad causal están sometidos tanto los comportamientos guiados por un querer consciente de su finalidad, precedidos por un proceso electivo o selectivo de los motivos del obrar, como los actos impulsivos y los automatizados (p. ej., caminar)<sup>20 bis</sup>.

### 3. El comportamiento

El *comportamiento* que corresponde al hecho como acción, es la actividad a través de la que se manifiesta en el exterior el impulso interno.

<sup>20 bis</sup> Ver los puntos de vista de GRAMAJO, ob. cit., p. 56.

#### 4. El resultado

El *resultado*, como componente de la acción, no es su resultado jurídico. Este, que corresponde a todo delito, es la ofensa que el delito implica para un bien jurídico. Ofensa que puede existir con el daño o lesión del bien o sólo con su exposición a peligro, presumido o real.

El *resultado*, como elemento material integrante de la acción, puede consistir en algo físico (p. ej., una muerte, el apoderamiento de una cosa o una situación de peligro real para algo) o en algo síquico (la producción de un escándalo). El resultado es una consecuencia del comportamiento. Entre ambos debe mediar una *relación de causalidad*.

### VI. Relación de causalidad

#### 1. El problema causal

La teoría de la *relación de causalidad* entre el comportamiento del autor y el resultado delictivo de peligro o de daño, sea que se trate de un resultado doloso, preterintencional o culposo, se propone explicar cuándo el resultado puede atribuirse, como su consecuencia material, al comportamiento del imputado. En otros términos, la *teoría de la relación de causalidad* trata de establecer cuándo una modificación del mundo exterior, prevista como un resultado delictivo por la ley, corresponde a una persona como obra material suya. Es la *imputatio facti* de los antiguos criminalistas, llamada después, imputación física, distinta de la *imputatio juris* (*imputación interna*, *imputación moral*). Aquélla es una cuestión inherente a la acción y al tipo delictivo; ésta, implica la cuestión de la culpabilidad. Empero, a veces, indebidamente, ambas cuestiones se superponen para resolver la primera.

La comprobación de la existencia de una vinculación causal es una cuestión ontológica, porque corresponde al mundo de la realidad física, pero es una cuestión jurídica en tanto la ley penal aprecia como jurídicamente válido un determinado tipo de relación causal fáctica. Esto explica por qué el tipo delictivo es importante en el problema de la causalidad.

#### 2. Teorías enunciadas

Los juristas han enunciado distintas teorías o explicaciones de la relación de causalidad. Enunciaremos las más importantes<sup>21</sup>.

La teoría de la *condición simple* o de la *equivalencia de las condiciones* ha representado el punto de partida para las demás teorías, en cuanto, mediante el procedimiento de la supresión mental hipotética (DE TYRÉN), puso el límite mínimo para que un antecedente constituya una condición en el proceso causal de un resultado.

<sup>21</sup> Amplias exposiciones sobre la relación de causalidad hacen ANTOLISEI, *Il rapporto de causalità nel diritto penale*, Padova, 1934; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 488; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Padova, 1945, p. 115; MEZGER, I, § 15. Entre nosotros, SOLER, I, 4ª ed., §§ 23 y 24; FONTÁN BALETRA, I, § 23; ORGAZ, *El daño resarcible*, 3ª ed., p. 33.

Esta teoría fue enunciada sistemáticamente por VON BURI, miembro del Tribunal del Reich, en su trabajo *Zur Lehre von der Teilnahme*, 1860 ("De la teoría de la participación"). VON BURI la desarrolló y reelaboró en trabajos ulteriores, y llegó a predominar en la jurisprudencia y doctrina alemanas.

Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, el resultado ha sido causado por el agente si el comportamiento de éste no puede suprimirse mentalmente sin que, al mismo tiempo, desaparezca el resultado producido en el caso concreto (*conditio sine qua non del resultado*).

La teoría se conecta con la idea propia de la "dirección naturalista de pensamiento que caracteriza al siglo XIX, y que halla su expresión más consecuente en la filosofía empírica del pensador inglés JOHN STUART MILL", de que la causa de un resultado es igual a la totalidad de las condiciones que la hicieron posible, y que equipara a la causa cualquier antecedente sin cuya concurrencia no se habría producido el resultado (*condición*). Si -decía von BURI- sólo la suma de todas las condiciones produce el resultado, toda condición debe considerarse como causa porque si falta, falta la causa. La idea es que toda fuerza cooperante causa "todo" el resultado.

Esta teoría amplía en forma desmesurada la posibilidad de atribuirle a una persona la causación de un resultado delictivo. Algunos ejemplos dejan ver los excesos a que permite llegar. Al que engendró al homicida, como al que le exigió a otro que usara el vehículo en el que sufrió un accidente mortal, le sería imputable como obra material suya la muerte de la víctima. Al autor de una lesión leve cuya víctima muere debido al tratamiento claramente anti-higiénico a que se sometió ésta, le sería atribuible la muerte de la víctima. Al fabricante de la sustancia que le permitió al falsificador borrar el texto real del documento, se le debería declarar autor material de la adulteración del instrumento. Cualquiera que fuera la entidad de la condición puesta por el agente, su valor causal frente a otra condición concurrente, no debería ceder, cualquiera que fuera la potencia determinante de ésta respecto del resultado producido, como sucedería en el caso de la muerte del lesionado en forma leve, debida exclusivamente al mal tratamiento médico o al derrumbe del hospital; ni debía ceder cualquiera que hubiera sido la posibilidad de evitar el resultado<sup>22</sup>.

No sólo los principios ético-jurídicos y el buen sentido<sup>23</sup>, sino principalmente el orden y la seguridad jurídicos, exigían limitar los efectos de esta teoría, introduciendo correctivos que permitieran admitir, en la infinita serie de condiciones de un efecto, la prevalecencia causal de alguna de ellas respecto del resultado<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> MEZGER, I, 224 y ss., menciona casos judiciales muy ilustrativos.

<sup>23</sup> GRISPIGNI, ob. cit., p. 110.

<sup>24</sup> Sobre la teoría de la equivalencia, con más detalles, ANTOLISEI, ob. cit., Parte I, cap. I; MEZGER, I, § 15, II. Véase la crítica de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, II, Primera mitad, 2ª ed. Leipzig, 1914, § 93 (teoría "funesta para nuestra ciencia y práctica").

Los excesos de la teoría de la equivalencia fueron limitados por la teoría de la *causa próxima*, sobre la base de la máxima *in jure non remota causa, sed proxima spectatur*. FRANCISCO BACON justificó prácticamente ese principio, con arreglo a la jurisprudencia inglesa, diciendo: "Para la ley sería una tarea interminable juzgar las causas de las causas y las influencias de unas sobre otras; es por esto que ella se contenta con la causa inmediata y así juzga los hechos humanos sin remontarse a grados remotos" (*Maxims of the law, regla I*). Esta teoría, que con distintas formulaciones alcanzó prevalecencia en la doctrina norteamericana y tuvo expositores en Francia y Alemania, ha influido, a través del derecho francés, en el precepto de nuestro Código Civil, que limita la indemnización a los daños que fuesen consecuencia "inmediata y necesaria" de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520)<sup>25</sup>. El de la proximidad es, sin embargo, un criterio puramente formal que no dice nada sobre la relación sustancial que implica la causalidad.

La teoría enunciada como de la *condición más eficaz*, tuvo un doble sentido. En el sentido de la eficacia *cuantitativa* de las condiciones, fue formulada por BIRKMEYER en su escrito *Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang*, 1885 ("Concepto de causa y conexión causal")<sup>26</sup>, BIRKMEYER busca individualizar como causa una de las condiciones del resultado según su mayor fuerza productiva respecto de éste; causa es la condición más eficaz, esto es, la que ha contribuido más a la producción del resultado. "Admitido que el resultado sea igual a 12 y las condiciones iguales a 7, 3 y 2, la condición prevaleciente es la más eficaz, y, por ello, es la causa en el sentido del derecho penal". Se trata de un criterio de valuación cuantitativa de difíciles posibilidades en la práctica, pues depende de establecer con seguridad la mayor fuerza productiva intrínseca de cada una de las condiciones y, así, la preponderancia causal de una de ellas en el caso concreto.

STOPATTO, en su trabajo *L'evento punibile*, 1898, distinguió *cualitativamente* la *causa eficiente*<sup>27</sup>, de la *condición* y de la *ocasión* del resultado, de acuerdo con la diferente manera de operar de cada una en el proceso causal. *Condición* es lo que permite a la causa eficiente obrar disponiéndola a la operación o quitando los obstáculos; *ocasión* es una coincidencia, una circunstancia más o menos favorable, que invita a la acción. La herida mortal es la causa eficiente de la muerte, en tanto que la incapacidad del médico que intervino y que pudo salvar al herido con una pronta y adecuada operación, es la condición de ella. La noche o el sueño del guardián son para el ladrón la ocasión para robar. La *causa eficiente* es "la fuerza o el ser que por su acción

<sup>25</sup> ORGAZ, *El daño resarcible*, p. 44.

<sup>26</sup> Para más detalles, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., Part I, cap. III.

<sup>27</sup> Seguida como criterio causal por la Corte Suprema Italiana y por autores como MANZINI, LONGHI y DEL GIUDICE (véase ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 75).



produce un hecho cualquiera"<sup>28</sup>. A esta teoría se le objeta, como a la de BIRKMEYER, la dificultad para establecer prácticamente las respectivas relaciones de los coeficientes con el resultado, que es de lo que depende la cualidad de cada uno de ellos.

BINDING, en su primera consideración del asunto, partiendo de la teoría de la equivalencia, encontró el criterio determinante del valor causal de las condiciones, en la *prevalecencia causal* de una de ellas sobre las otras (*teoría de la prevalecencia*). La causa del resultado es la condición que, en favor de las condiciones que tienden a la producción del resultado, rompe el equilibrio que existe entre ellas y las condiciones que se oponen a que eso suceda<sup>29</sup>.

La teoría de la *causalidad adecuada*<sup>30</sup> fue expuesta por primera vez por el fisiólogo VON KRIES (1886 y 1888), y alcanzó gran difusión en Alemania y en Italia. Según esta teoría, en derecho penal no es causa toda condición del resultado concreto, sino sólo la que es adecuada a ese resultado por ser generalmente apropiada para producirlo. La idoneidad general de la condición para causar el resultado, se determina con arreglo a un juicio de probabilidad *a posteriori*, porque, para realizarlo, el juez debe referirse al momento de la ocurrencia del hecho. Según unos, ese juicio debe tener un sentido subjetivo, pues la probabilidad del resultado tiene que comprobarse de acuerdo con lo que el autor podía prever con arreglo a las circunstancias que conocía o pudo conocer en el momento del hecho (v. KRIES). Para otros, el criterio debe ser objetivo, porque para juzgar sobre la probabilidad del resultado, el juez tiene que tomar en cuenta todas las circunstancias que puede conocer el hombre medio (THON), o todas las circunstancias existentes en el momento de la conducta que eran conocibles de alguna manera (RÜMELIN), o las conocibles por un hombre muy despierto (TRÄGER). De esta manera, una cuestión de conexión puramente física, como era la de la causalidad en las teorías de la equivalencia y de la condición próxima o eficaz, se convierte en un problema de responsabilidad ubicable en el ámbito de la culpabilidad, sistemáticamente incompatible con la concepción causal de la acción.

No eluden ese defecto las teorías que, renegando de resolver el problema dentro del ámbito puramente mecánico, diferencian el proceso causal físico, del proceso causal humano. El derecho no se ocupa, se dice, de cuándo un hombre causa un resultado, sino de cuándo un hombre es autor de un resultado. De este modo, se excede el ámbito de los efectos puramente mecánicos

<sup>28</sup> Véase STOPATTO, *L'evento punibile - Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 189, ps. 60 y ss.

<sup>29</sup> BINDING, *Die Normen un ihre Übertretung*, 4ª ed., vol. I, Leipzig, 1922, p. 115. Sobre este punto de vista, ver ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., N° 23; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 1101.

<sup>30</sup> A su respecto, véase ANTOLISEI, ob. cit., Parte I, Cap. IV; MEZGER, I, § 15, III; SOLER, I, § 18, II, C. 2; FONTÁN BALESTRA, I, § 23, I, 5.

de la causa física, para entrar en el ámbito, mucho más amplio en cuanto a los efectos, del dominio de la voluntad y poder humanos. Sobre las huellas de la *teoría de la acción humana* de BINDING<sup>31</sup>, ANTOLISEI y SOLER trataron la cuestión, respectivamente, desde el particular punto de vista de la *causalidad humana*<sup>32</sup> y de la *causalidad intelectualizada*<sup>33</sup>, fundadas en que, como factor causal, la voluntad opera de manera distinta que las fuerzas naturales, ya que puede poner a su servicio factores externos que multiplican sus fuerzas.

La teoría de la *causalidad típica* es la que pone un límite jurídico a los excesos de la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones en el derecho penal. Para ella, lo decisivo no es la causa física de un resultado, sino la que para el derecho penal tiene importancia (*teoría de la relevancia*)<sup>34</sup>. Para BELING, sostenedor de la teoría<sup>35</sup>, trasladar el conflicto de las teorías causales a un terreno prejurídico y apriorístico, para extraer de allí consecuencias de naturaleza jurídica, implica un error metodológico, pues el problema jurídico-penal no es el de la "causalidad" como tal, sino de una particular "causalidad típica" con arreglo a la comprensión de los particulares delito-tipos<sup>36</sup>. Esta es, sin lugar a dudas, la teoría (mecánico-causal), que manteniéndose fiel a la naturaleza material del problema causal, no lo resuelve en el plano del ser, sino en el jurídico, con arreglo al alcance con que el tipo penal ha captado y limitado la causalidad física en cada caso<sup>37</sup>.

### • 3. La tesis correcta

La base ineludible de una teoría jurídico-penal de la relación de causalidad es la teoría de la *equivalencia de las condiciones*. Sin su aporte no habría sido posible individualizar cuáles son los coeficientes de un resultado, vale decir, las condiciones que, en su totalidad, lo producen mecánicamente. Empero, es el tipo penal el que le indica conceptualmente al intérprete cuál de esas condiciones se adecua a la relación causal propia del hecho social captado por la ley. Cuando el artículo 79 del Código Penal castiga "al que

<sup>31</sup> *Die Normen un ihre Übertretung*, vol. II, 2ª ed., Primera parte, Leipzig, 1914, p. 472, § 93.

<sup>32</sup> *Il rapporto di causalità* cit., Segunda parte, cap. II.

<sup>33</sup> Tomo I, 4ª ed., § 24.

<sup>34</sup> MEZGER, I, § 15, IV; MAX ERNST MAYER, *Der allgemeine teil des deutschen Strafrecht*, Heidelberg, 1915, p. 140.

<sup>35</sup> *Esquema*, § 20.

<sup>36</sup> Esto es, el esquema rector dominante común para la faz objetiva y para la subjetiva de la figura delictiva (BELING, *Esquema*, p. 43).

<sup>37</sup> Siguen esta teoría, nuestro *Derecho penal argentino*, I, p. 268; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, N° 1112, aunque, en última instancia, no niegue la función correctiva de la culpabilidad (N° 1117). En igual sentido se pronuncia FONTÁN BALESTRA, I, p. 431. Los tribunales, a falta de una regla legal sobre el punto, han seguido muy distintos criterios (ver RUBIANES, *Código penal, su interpretación jurisprudencial*, t. II, ps. 438 y ss.).

matarse a otro", la relación causal importante para ese precepto no es, por cierto, la que media entre la muerte y otros hechos que, de alguna manera, hayan posibilitado que la víctima muriera en la circunstancia de que se trata, como pueden ser, por ejemplo, la cita que un tercero le dio en el lugar del suceso o la invitación del pulpero que impidió que se fuera antes. Por el contrario, la relación causal captada por el artículo 79 es la que demanda el concepto de matar socialmente aceptado como atentado criminal contra la vida de otro, lo que supone que, entre el comportamiento del autor y la muerte, medie la relación propia de un coeficiente directo eficazmente mortal por su desenvolvimiento en el caso concreto. La misma relación causal requiere el tipo del artículo 84 del Código Penal, pues el concepto social de muerte accidental a que alude, también repele las vinculaciones del deceso de la víctima con sus coeficientes indirectos y carentes de eficacia mortal en el caso concreto.

A igual conclusión se llega de manera más clara si se examina el problema desde el punto de vista de otros tipos referidos a acciones integradas por un resultado externo. No defrauda (art. 172), el que le presenta la víctima al estafador o facilita inocentemente el medio defraudatorio, sino el que se comporta con arreglo a lo que socialmente se valora, y que el tipo del artículo 172 individualiza de manera muy concreta, como una actitud defraudatoria (ardid o engaño). El tipo del incendio (art. 186), no alude a la vinculación del resultado de peligro común con todos los hechos precedentes que concurren para posibilitar que en el caso concreto se produzca la situación de amenaza de daño para la generalidad de las personas o bienes mediante el fuego caracterizante del incendio (p. ej., la venta al autor de los fósforos o el combustible), sino que alude a la relación causal directa existente entre el estado de peligro común y el hecho dotado de eficacia combustiva.

En materia de causalidad, la tarea del tipo penal no va más allá de esa función selectiva. El examen de la eficiencia mecánica del coeficiente causal seleccionado por el tipo, corresponde a las ciencias naturales. No es el derecho, sino la ciencia médica la que decide si tiene eficiencia mortal la lesión que, en el caso concreto, constituye el comportamiento al que alude la relación causal típica.

## Capítulo IV

### LA OMISIÓN<sup>1</sup>

El hecho que constituye el sustento real del delito puede consistir, como comportamiento, en una inactividad. Esta no trasciende simplemente como tal al derecho penal, sino como una *omisión* penalmente típica, vale decir, como una conducta contraria a un mandato implícito de la ley penal de realizar una acción (C. P., 108, 249, 250, 273 y 274). Se trata, en realidad, de la omisión de realizar la acción ordenada por la ley penal (*delicta omisiva*).

Como comportamiento, la omisión y la acción (actividad) son ontológicamente distintas y su castigo obedece a objetivos diversos. Desde el primer punto de vista, la omisión y la acción son sustancialmente diferentes: la omisión (inactividad) es la negación de la acción (actividad). Además, la criminalidad de la omisión no requiere un resultado, pero sí lo suele exigir la criminalidad de la acción (actividad). Desde el segundo punto de vista, aunque el castigo de la omisión y de la acción tiende al mismo fin de mantener el orden jurídico, el castigo de las omisiones procura lograr ese objetivo mediante la realización de conductas socialmente beneficiosas, en tanto que el castigo de las acciones pretende alcanzarlo mediante la evitación de conductas socialmente dañosas.

La diferencia ontológica entre la omisión y la acción se refleja en la estructura de ambas. Así, la omisión, como la acción, debe ser propia del autor, pero mientras que la acción lo es cuando el comportamiento del autor ha sido impulsado causalmente por su voluntad, eso no ocurre siempre respecto de la omisión, porque como sucede en los casos de olvido, una inactividad puede resultar ajena a un efectivo impulso voluntario. La inactividad, y de esta manera la omisión, es propia del agente cuando, en el momento del hecho, aquél tuvo la posibilidad de desenvolver libremente el impulso voluntario hacia la acción ordenada por el respectivo tipo legal. En este sentido, se

<sup>1</sup> Cfse, MEZGER, I, § 16, I; íd., *El Libro de estudio*, § 27; WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., § 26.

puede decir que la voluntariedad de la omisión, de la cual depende su pertenencia al autor, es meramente potencial, pero es una manifestación de voluntad, porque no se trata de una voluntad impotente o aniquilada por fuerza irresistible u otra causa<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> "La omisión del grito de alarma ante un guardia agarrotado por unos bandidos o acometido de un desmayo, no es una manifestación de voluntad, no es un acto" (v. LISZT, *Tratado*, II, p. 303).

## Capítulo V

### LA OMISIÓN IMPROPIA<sup>1</sup>

Las legislaciones antiguas registran casos de responsabilidad por ciertos resultados no sólo para el que los produjo mediante su actividad, sino, también, para quien se mantuvo inactivo<sup>2</sup>. Los autores han enunciado distintas explicaciones acerca de los casos de esa especie, hoy llamados *delitos de omisión impropia o de comisión por omisión*, en los cuales un resultado delictivo se atribuye a un comportamiento omisivo. Es muy conocido el ejemplo de la madre considerada responsable de la muerte de su hijo por no haberlo alimentado.

Si se la mira como comportamiento, la llamada *omisión impropia* no constituye una tercera forma de manifestarse el hecho punible: lo mismo que la omisión, consiste en una inactividad y lo mismo que la acción requiere un resultado.

La diferencia que media entre la *omisión impropia* y la *acción* reside, además de que ésta para ser delictuosa puede prescindir del resultado, en el *por qué* de la atribución del resultado físico al agente. En tanto que en la acción, el resultado se atribuye al agente en razón de la relación causal entre ambos, esa no puede ser la solución respecto de la omisión impropia, pues careciendo de la inactividad de eficacia activa, priva aquí el principio de que *ex nihilo nil fit*<sup>3</sup>.

Fracasada la tesis de la relación causal física, la atribución del resultado físico al omitente encontró un nuevo fundamento en el principio de la "acción esperada". Este principio traslada el problema de la relación causal entre la

<sup>1</sup> Sobre el desenvolvimiento de su teoría, MEZGER, I, § 16, III y ss.; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970, ps. 11 y 12; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 1067 y ss.; MAURACH, II, p. 267. Además, *Derecho penal*, 11ª ed., § 28; NUÑEZ, I, 236.

<sup>2</sup> Ver BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, p. 12.

<sup>3</sup> Sobre el intento de salvar la objeción de que "de nada, nada resulta", refiriendo la causalidad a la acción concomitante (Luder) o precedente (Kung, Glasser) o al dominio por el autor del impulso a obrar (BINDING), ver MEZGER, I, § 16, III, I.

omisión y el resultado, a la relación de éste con la acción que jurídicamente estaba obligado a realizar el autor, y que omitió: la omisión es causal si el resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico hubiera sido impedido por la acción que se esperaba del autor<sup>4</sup>. La acción esperada no puede, empero, explicar satisfactoriamente el fundamento jurídico de la obligación de actuar para evitar el resultado delictivo en el caso de *injerencia*, esto es, en el caso en que ese deber tiene como fuente un hecho precedente a la omisión realizada por el autor<sup>5</sup>.

La responsabilidad del omitente por un resultado delictivo es una cuestión de tipicidad inherente a los tipos de los delitos de comisión, esto es, a los tipos que prevén un comportamiento contrario a una norma prohibitiva. Una norma de esta especie se infringe tanto si el agente causa físicamente el resultado, como si, en razón de la situación jurídica particular en que se encuentra por una omisión suya, se le debe atribuir responsabilidad por el suceder de ese resultado. Esto ocurre siempre que el agente se encuentra en una situación jurídica que lo responsabiliza por la protección del bien jurídico lesionado (*posición de garante*). Esta responsabilidad presupone, por un lado, una razón jurídica determinante de una especial relación de resguardo del agente con el bien lesionado; y, por otro lado, el poder del agente de evitar la lesión.

La relación de resguardo puede tener su fuente:

a) En la ley que impone una obligación de cuidado como son las emergentes de la patria potestad, de la tutela y curatela.

b) En una obligación de cuidado especialmente asumida, como la que liga a la nodriza, al enfermero o al alpinista contratado.

c) En la creación por el agente del peligro para el bien, que se concretó en su daño. El que inadvertidamente encerró a otro, debe resguardar su libertad, y si no lo hace intencionalmente al darse cuenta de ello, incurre en privación de la libertad personal (C.P., 141).

La relación de resguardo no puede fundarse en situaciones de pura índole moral o en otras situaciones que, como la de la "conveniencia social"<sup>6</sup>, no tiene su fuente en la ley, ni en la voluntad de las partes, ni en la injerencia ilegal en el ámbito de actuación de los terceros, creadora de un peligro para los bienes jurídicos de éstos<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> MEZGER, I, p. 288; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, N° 1066; SOLER, I, 3ª ed., p. 295; NUÑEZ, I, 237.

<sup>5</sup> BACIGALUPO, *Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal*, Madrid, 1970.

<sup>6</sup> Aceptada por JIMÉNEZ DE ASÚA, III, N° 1072.

<sup>7</sup> Sobre la extensión que se le reconoce a la posición de garante en Alemania, véase WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., § 328, I, 4; BACIGALUPO, ob. cit., ps. 120 y 122; RAMOS MEJÍA, La fórmula legal de la comisión por omisión ("*La Ley*", 16 de octubre de 1974, correspondiente al t. 156). Los proyectos de 1960 y 1973, resuelven expresamente la cuestión. Dispone el prime-

No omite delictivamente quien, a pesar de su situación de garante del resguardo del bien lesionado, no tiene el poder para efectivizar ese resguardo en el caso concreto. La omisión delictiva no supone sólo el deber de atenerse a la norma típica prohibitiva, sino, también, la posibilidad de hecho de hacerlo eficazmente: *ultra posse nemo obligatur*. Ese poder no existe si la protección realizable por el garante no hubiera evitado el resultado<sup>8</sup>.

---

ro y lo repite el segundo: "El que omite impedir un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiese producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado" (art. 10 de ambos proyectos).

<sup>8</sup> Véase WELZEL, ob. cit., p. 292; MEZGER, *Libro de estudio*, I, §, III; BACIGALUPO, ob. cit., pág. 125.





## Capítulo VI

### EL LUGAR Y EL TIEMPO DEL HECHO<sup>1</sup>

El hecho se realiza en el espacio y en el tiempo. Cuatro teorías se han enunciado respecto de cuáles son el lugar y el tiempo del hecho delictivo:

a) *Teoría de la actividad (residencia o ubicación)*. El lugar y el momento del hecho delictivo están determinados por el lugar y el momento en que el autor realiza la acción o debía actuar. La teoría deja al margen los delitos en los cuales sólo su resultado se ha producido en el país.

b) *Teoría del resultado final*. Determinantes son el lugar y el momento en que se produce el resultado de daño o de peligro concreto. No alcanza a los delitos de pura conducta y, en los delitos agravados por el resultado, supedita el lugar y tiempo del delito a un efecto no comprendido en la culpabilidad del autor.

c) *Teoría del resultado intermedio*. Trata de salvar la segunda objeción hecha a la teoría del resultado final. El lugar y el tiempo del hecho están determinados, según esta teoría, por el resultado intermedio relevante para la ley penal.

d) *Teoría unitaria (o mixta o de la ubicuidad)*. El lugar y el tiempo del hecho son determinados tanto por el comportamiento (acción u omisión), como por el resultado: el delito se comete en todos los lugares y tiempos en los cuales se realiza uno de sus elementos típicos.

Nuestro derecho no sigue un criterio único para determinar el lugar del hecho. A los efectos de la *aplicación de la ley penal*, el artículo 1º del Código penal admite como *lugares del hecho*, el del comportamiento, el del resultado típico y el de los efectos del delito determinantes de su incriminación<sup>1 bis</sup>.

<sup>1</sup> NUÑEZ, I, 276.

<sup>1 bis</sup> Según los proyectos de 1960 y 1973, el hecho se reputa cometido tanto donde se ha ejecutado la acción, en todo o en parte, como donde se ha producido o debía producirse el resultado. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el lugar donde debía cumplirse la acción omitida. El Proyecto de 1974 contiene sólo la primera regla.

A los efectos de la *competencia judicial interna*, el *lugar del hecho delictivo* no está supeditado a la regla del artículo 1º del Código penal. Cuando se trata de delitos a distancia, esto es, cuyo comportamiento se realiza en distinta jurisdicción territorial que su resultado, la competencia judicial se determina por el lugar del comportamiento o del resultado típico o de alguno de los lugares de aquél o de éste, que la acerque más al verdadero y más importante ámbito territorial del hecho delictivo, a sus circunstancias precedentes y concomitantes y a sus repercusiones, así como a las pruebas del delito, de modo que se facilite la investigación, la defensa y el fallo<sup>2</sup>.

Respecto del *tiempo del hecho*, cuando éste se compone del comportamiento del autor y del resultado de daño o de peligro concreto, y ambos no coinciden temporalmente, tampoco corresponde adoptar una sola teoría para establecerlo. El comportamiento es el determinante del tiempo del hecho, siempre que la institución a cuyos efectos interesa establecerlo, tenga un fundamento subjetivo (p. ej., la imputabilidad o la culpabilidad). Por el contrario, lo decisivo es el momento del resultado típico, si la respectiva institución tiene un fundamento objetivo (p. ej., la prescripción, que corre a partir de la consumación del delito)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> NUÑEZ, I, 280 y ss.; C.S. de la Nación, 25-XI-968, RUIZ MIRA, PEDRO y otros, *La Ley*, t. 135, fallo 63.652, con nota de GARCÍA BERRO; íd. 19-XI-969, BRUNELLO, HORACIO y otros, *La Ley*, t. 137, fallo 64.599.

<sup>3</sup> Según los proyectos de 1960 y de 1973, el tiempo del hecho es el de la ejecución de la acción o aquel en que debía cumplirse la acción omitida. Sin embargo, en la nota al art. 9 del primero se reconoce la excepción respecto de la prescripción.

## Capítulo VII

### EL TIPO DELICTIVO

#### I. Concepto y función

El *tipo delictivo* (o *tipo penal* o *tipo legal* o *figura delictiva* o, simplemente, *tipo*) no es el *hecho punible*, sino uno de sus elementos. El hecho punible comprende el hecho como soporte real del delito y todos los atributos jurídicos que lo convierten en el presupuesto legal de la aplicación de la pena. En ese ámbito, el *tipo* se limita a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible. La fórmula con la que la ley expresa el tipo corresponde al siguiente esquema: “El que haga esto...” o “El que no haga esto”. No se debe confundir el tipo con el artículo, inciso, párrafo, parte o disposición legal que lo contiene. Estos pueden vincular uno o varios tipos a una pena.

Desde el punto de vista dogmático, el *tipo* constituye la característica jurídica del hecho punible que representa la base fáctica alrededor de la cual giran la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

#### II. Elementos conceptuales del tipo

La redacción de los tipos se estructura por la ley con arreglo a la índole del hecho mentado. Por lo general, la naturaleza material del hecho demanda una descripción de hechos, cosas, personas, relaciones, etc., de naturaleza material objetiva, cuyo examen requiere una actividad mental comprobatoria de realidades externas, puramente cognoscitiva (*elementos objetivos del tipo*)<sup>1</sup>. MEZGER los denomina “elementos típicos objetivos”. Constituyen, ejemplos: artículo 79: “matar a otro”; artículo 89: “daño en el cuerpo o en la salud”; artículo 172: “defraudare a otro valiéndose de ardid o engaño”; artículo 247: “llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce”<sup>2</sup>. A

<sup>1</sup> GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Padova, 1945, p. 167.

<sup>2</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, III, N° 1201, los llama “tipos normales”, no porque no sean excepcionales, sino porque son de “mera descripción objetiva”. En verdad, la normalidad de estos tipos sólo es admisible con arreglo a la idea de que los tipos anormales lo son porque, anormalmente, adelantan la consideración de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

veces, siguiéndose un distinto criterio respecto de la objetividad, también se consideran "elementos objetivos" los datos síquicos mencionados en el tipo y que no corresponden al autor<sup>3</sup>. La idea, que desde ese punto de vista es exacta, no corresponde, empero, al criterio clasificatorio que atiende a la naturaleza sustancial de los elementos típicos.

La admisión por el tipo de elementos síquicos o internos correspondientes al autor, dio lugar a la *teoría de los elementos subjetivos del tipo*<sup>4</sup>, que engendró una abundante literatura en Alemania<sup>5</sup> y que tuvo eco en nuestro país<sup>6</sup>.

Según la concepción que se tenga del tipo, a esos elementos se los denomina "elementos subjetivos de lo injusto"<sup>7</sup> o "elementos subjetivos del tipo". Los que al tipo le asignan el sentido valorativo de antijuridicidad tipificada, los denominan de la primera forma; en cambio, la segunda denominación pertenece a los que al tipo sólo le atribuyen un significado indiciario de la antijuridicidad o niegan que exista una antijuridicidad objetiva tipificable<sup>8</sup>. Empero, una y otra concepción no aportan diferencias en lo que atañe a la relación del tipo con la culpabilidad, que, con arreglo a nuestra sistemática, es lo que interesa establecer. También, sobre todo en Italia y entre nosotros, cuando se trata de intenciones se habla de "dolo específico"<sup>9</sup>.

Representa un elemento subjetivo del tipo todo elemento suyo que aluda a una situación anímica del autor del delito, cualquiera que sea su naturaleza<sup>10</sup>. Puede ser un *saber* ("sabiendo que lo son", art. 80, inc. 1º); una "inten-

<sup>3</sup> SOLER, II, 3ª ed., p. 150, nota 8.

<sup>4</sup> "Elementos subjetivos del injusto" o "elementos típicos subjetivos", según MEZGER, I, 333 y 373.

<sup>5</sup> POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 115 y ss.

<sup>6</sup> A partir de nuestro trabajo *Los elementos subjetivos del tipo penal (investigación sobre los elementos espirituales de la acción)*, Buenos Aires, 1943, recibido muy favorablemente por SOLER, *La raíz de la culpabilidad*, Montevideo, 1945, p. 43; íd., *Análisis de la figura delictiva*, p. 38 y ss. ("Colegio de Abogados de Buenos Aires, Ciclo de Conferencias 1942", Buenos Aires, 1943). Han tratado el tema, FINZI, *El llamado "dolo específico" en el derecho penal argentino y comparado (Voliciones dirigidas hacia un resultado que está fuera de los actos externos de ejecución del delito)* ("Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Córdoba, Año VIII, 1ª Parte, 1943, Nos. 1-2); TERÁN LOMAS, *Elementos subjetivos de la figura delictiva. Ensayo de sistematización de las orientaciones de la doctrina penal* (Separata); SOLER, II (3ª ed.), p. 150. Con amplitud, JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 818 y ss.

<sup>7</sup> MEZGER, I, § 20; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 818.

<sup>8</sup> Como GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. II cit., p. 168.

<sup>9</sup> FINZI, "*Scopo*", "*fine*" "*intento*", "*intenzione*", "*motivo*" *nel código penale italiano*, 1932, Estrato de "La Toga", Nápoli; íd., *El llamado "dolo específico"* cit., Nos. 3 y 14; BETTIOL, *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, 1965, p. 394; POLITOFF, ob. cit., p. 46 y ss.

<sup>10</sup> Este concepto no es general. FINZI (ob. cit.), los limita a las voliciones dirigidas a resultados distintos de los actos externos de ejecución del delito, y POLITOFF (ob. cit., ps. 84, 85, 94 y 95), considera elementos subjetivos únicamente a los que añaden algo a lo que la conducta exige en el plano objetivo, dotándola de un nuevo sentido determinante de la lesión del bien

ción" ("proponiéndose", art. 100; "para satisfacer", art. 126; "fuere dirigido a", art. 215, inc. 1º; "con miras", art. 130; "ánimo de lucro", art. 22 bis; "con el fin de procurar", art. 173 inc. 7º); "o un *motivo* (causa o razón del hecho) ("por precio o promesa remuneratoria", art. 8º, inc. 3º; "por placer, codicia, odio racial o religioso", art. 80, inc. 4º; "en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero", art. 180; "con indudable motivación ideológica comunista", Ley 17.401, art. 11; "por petulancia o por otro motivo vituperable", art. 660 del C. italiano de 1930); un *sentimiento* ("maliciosamente", art. 179, § 2º) o un *estado afectivo* ("estado de emoción violenta", art. 81, inc. 1º)<sup>11</sup>. Tratándose de intenciones, el elemento subjetivo no siempre está expresado textualmente por el tipo, sino que puede estar implícito en el concepto típico, por la intención que supone ("indujere", art. 148; "apoderare", art. 162; "se sustrajere", Ley 13.944, art. 1º).

Se discute sobre la relación que los elementos subjetivos tienen con la culpabilidad del autor. El problema debe limitarse a los elementos subjetivos que, por su naturaleza intelectual o volitiva, incluyen los elementos de la misma naturaleza propios de la culpabilidad de los tipos delictivos dolosos<sup>12</sup>. Los demás elementos subjetivos que no se relacionan psicológicamente con la culpabilidad del autor, tienen, sin embargo, su valor en lo que al tipo delictivo atañe. Pero, ni estos elementos subjetivos, ni los de naturaleza intelectual o volitiva, constituyen "elementos subjetivos de la antijuridicidad, sino elementos del hecho objeto del juicio de antijuridicidad"<sup>13</sup>. Resulta lógico, sin embar-

---

jurídico. Empero, estas limitaciones no pueden desconocer la naturaleza anímica de los otros elementos intelectuales, volitivos o afectivos contenidos en los tipos penales.

<sup>11</sup> Los alemanes hablan, en el círculo de los elementos subjetivos de lo injusto, de "delitos de intención", "delitos de tendencia" y "delitos de expresión" (MEZGER, I, 343 y ss.; íd., *Libro de estudio*, I, p. 136); o de "casos de presupuesta situación psicológica" o de "eficacia psicológica" o de "eficacia psicológica", "casos de intención determinante del sentido" y "casos de tendencia interna trascendente" (HEGLER) (ver POLITOFF, ob. cit., p. 88, nota 17); o bajo la denominación de "elementos subjetivos del autor", se habla de la "intención", de la "tendencia especial de acción" y de "momentos especiales de ánimo", estos últimos amplían más allá de lo intencional el ámbito de los elementos subjetivos (WELZEL, *Tratado* 11ª ed., ps. 114 y 115). Véase MAURACH, I, 268. James Goldschmidt afirma que los elementos subjetivos no son más que "características especiales de la culpabilidad", que contienen exigencias especiales puestas a la situación de motivación, cuyo cumplimiento tiene significado, ya sea para fundamentar, ya sea para agravar, ya sea para atenuar la pena (*La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, 1943, ps. 45 y ss.). Los considera características de la figura delictiva, pero no del delito-tipo, ni de la antijuridicidad, BELING, *La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944, p. 19.

<sup>12</sup> A pesar de las tajantes expresiones verbales en pro de la separación de los elementos subjetivos y de la culpabilidad, se reconoce la posible coincidencia psicológica de ambos, en nuestros *Elementos Subjetivos*, aparecidos en 1943 (§ V), como puede advertirse en la observación que hacemos en *la Culpabilidad en el Código penal*, Buenos Aires, 1946, p. 123, nota 56.

<sup>13</sup> Sobre el punto ver NUÑEZ, *Los elementos subjetivos* cit., IV; Politoff, ob. cit., p. 61, Nº 8.

go, que los que ven en el tipo un “injusto típico” (o “antijuridicidad tipificada”), también vean en los elementos subjetivos un elemento subjetivo de lo injusto (o “acción antijurídica”)<sup>14</sup>.

En tanto que los elementos objetivos y los subjetivos del tipo están determinados descriptivamente, porque se refieren a comportamientos corporales o anímicos, los *elementos normativos del tipo*<sup>15</sup> sólo pueden determinarse por una valoración. Esta puede tener distinta naturaleza. Puede ser una valoración de índole jurídica que implique el juicio sobre la antijuridicidad del hecho (“contrarias a la ley”, art. 269; “ilegítimamente”, art. 162; “ilegalmente”, art. 249; “sin causa justificada”, art. 250). Estos son los elementos normativos que significan el adelanto sistemático de la antijuridicidad del hecho al momento del examen de su tipicidad. Su existencia es incompatible con la concurrencia de causas de justificación.

Otras veces, la valoración típica es de índole jurídica, pero el juicio que demanda, aunque referido al derecho, no decide definitivamente sobre la antijuridicidad del hecho, sino sobre una determinada cuestión jurídica (“cosa mueble total o parcialmente ajena”, art. 162; “debidamente requerido”, art. 268<sup>2</sup>; “sin la debida autorización”, art. 189 bis, § 3º). En estos casos es posible que el tipo penal subsista a pesar de la concurrencia de una causa de justificación, como lo demuestra el artículo 162, cuyo tipo, además del juicio referido a la ajenidad de la cosa, requiere el relativo a la ilegitimidad del apoderamiento. Esto indica, sin lugar a dudas, que la cosa puede ser total o parcialmente ajena y ser legítimo el apoderamiento de ella (p. ej., el secuestro por orden de autoridad competente). La tenencia de un arma de guerra puede no estar debidamente autorizada, pero ser legítima en razón de un estado de necesidad<sup>16</sup>.

Algunos tipos contienen elementos que demandan juicios de carácter cultural o científico (“abusare deshonestamente”, art. 127; “actos obscenos”, art. 128; “hubiere puesto en peligro la vida”, art. 90, “abusare de su ciencia o arte”, art. 86). Estos elementos normativos tampoco adelantan la consideración de la antijuridicidad.

<sup>14</sup> Así, p. ej., MEZGER, I, 320.

<sup>15</sup> “Elementos típicos normativos”, los llama MEZGER, I, p. 373. Sobre ellos, ver, además, MAX ERNST MAYER, *Des allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 182; JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, 1955, p. 73; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 895; BETTIOL, *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, 1965, p. 197; MAURACH, I, § 20, V. 2. Véase, también, AÍDA TARDITTI, *Los elementos normativos y su relación con la culpabilidad*, Semanario Jurídico n° 258, 18/4/83, p. 1 y ss.

<sup>16</sup> Piénsese en el individuo que, en el curso de un largo viaje por lugares donde no puede obtener la debida autorización, lleva, como la única que ha logrado, un arma de guerra para defender su familia y sus bienes de los asaltantes. Así, aunque sin exigir la imposibilidad o dificultad para conseguir la autorización, la Cámara Federal de la Capital, Sala Penal, 2-IV-971, J. A., junio 3 de 1971, fallo 19 308.

La utilización por el legislador de elementos normativos que involucran la consideración de la antijuridicidad del hecho, no implica siempre "casos de impaciencia del legislador"<sup>17</sup>, ni sólo tiene el sentido procesal de llamar la atención del juez sobre la necesidad de examinar de manera cuidadosa la juridicidad del hecho<sup>18</sup>. En el caso de que la mención de un elemento de esta especie no es una simple redundancia legislativa, dicho elemento representa una característica estructurante indispensable del hecho típico<sup>19</sup>.

### III. Composición de los tipos delictivos

Los tipos de composición más simple son los que se refieren a delitos de simple actividad, pues se reducen al comportamiento positivo del autor.

En los delitos de resultado, éste, en la forma de una lesión o de un peligro, se agrega el comportamiento del autor como algo separado, pero vinculado a él causalmente. El comportamiento causante puede ser una actividad o una omisión (delitos de omisión impropia o de comisión por omisión).

Los tipos penales mencionan, a veces, circunstancias que no son elementos o modalidades materiales o anímicas del comportamiento del autor o de su resultado y cuya finalidad es tipificar el hecho al margen de los elementos que estructuran su proceso ejecutivo. Estas *circunstancias tipificadoras* representan circunstancias del hecho típico, sea, v. gr., como modalidad de su ejecución<sup>20</sup>, sea como calidades del autor<sup>21</sup>, sea como ocasión<sup>22</sup>, sea como condiciones<sup>23</sup>. Lo esencial es que la consideración de la circunstancia no esté

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 896.

<sup>18</sup> Como piensa, entre otros, v. HIPPEL, *Manuale*, § 32, VI. En contra, JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 396.

<sup>19</sup> Cfse, v. LISZT, III, 327. Con más amplitud, JIMÉNEZ HUERTA, ob. cit., ps. 82 y ss.: "Así, por ejemplo -dice este autor-, dictar autos, providencias y resoluciones en un proceso penal es función propia de los jueces del ramo; cuando el legislador tipifica el delito de prevaricación, resulta difícil hacerlo sin incrustar en el tipo un elemento valorativo, como lo es el que la providencia, auto o resolución dictada fuere manifiestamente injusta (art. 18, frac. XLV, de la Ley de Funcionarios), pues si así no lo hiciera parecería que sancionara la actividad ordinaria de los jueces penales" (p. 84). Lo mismo se podría decir respecto de nuestro art. 269.

<sup>20</sup> Por ej.: "con intervención de dos o más padrinos", art. 97; "sin la intervención de padrinos", art. 98; "contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene derecho a excluirlo", art. 150; "pudiese hacerlo sin riesgo personal", art. 108; "con el concurso de dos o más personas", art. 122.

<sup>21</sup> "El funcionario", "el jefe de prisión u otro establecimiento penal", art. 143, incs. 1º y 2º; "el comerciante declarado en quiebra", art. 176; "el testigo", perito, intérprete o traductor", art. 275.

<sup>22</sup> "Encontrando perdido a un menor", art. 108; "aprovechando las facilidades proveenientes de un estrago", art. 163, inc. 2º.

<sup>23</sup> "Si el duelo no se realizara o si realizándose, no se produjera muerte ni lesiones", art. 19, inc. 1º; "y no dados a publicidad", art. 115.



comprendida ya en la consideración del comportamiento<sup>24</sup> o del resultado<sup>25</sup>. Las circunstancias tipificadoras del hecho pueden componer el delito básico o ser circunstancias agravantes o atenuantes suyas. Pueden estar comprendidas por el dolo del autor<sup>26</sup> o ser ajenas a él<sup>27</sup>.

La materia propia de las circunstancias tipificadoras suele estudiarse, con uno u otro criterio definitorio y en forma más o menos comprensiva, bajo los rubros de "condiciones objetivas de punibilidad"<sup>28</sup> o "condiciones objetivas de la figura"<sup>29</sup>; o, simplemente, "condiciones de punibilidad"<sup>30</sup>. Las circunstancias de que tratamos, cuya función es caracterizar el hecho delictivo, no tienen nada que ver con las condiciones de punibilidad ajenas a los tipos penales y que se refieren a los requisitos necesarios para que un hecho típico, antijurídico y culpable sea punible<sup>31</sup>.

#### IV. Clasificación de los tipos delictivos (Clasificación de los delitos)

Los tipos delictivos son susceptibles de ser clasificados de acuerdo con su estructura<sup>32</sup>. Por regla, la clasificación de los tipos corresponde a la de los delitos.

1. *Tipo general y tipo especial*. En realidad, esta clasificación no tiene en cuenta las distintas estructuras de los tipos, ni corresponde a una clasificación de los delitos. Se trata de dos concepciones distintas del tipo. El *tipo general* no es otra cosa que la figura delictiva o tipo delictivo tomando en el sentido del hecho punible, y comprende todos los presupuestos de la pena (hecho típico, antijurídico, culpable y punible). En cambio, el tipo especial es, según consideramos en este *Manual*, la descripción formal del hecho punible.

2. *Tipos básicos (o fundamentales o generales) y tipos especiales*, que pueden ser *calificados* o *privilegiados*. Corresponde a la misma división de los delitos. La clasificación obedece al criterio de la relación entre lo general

<sup>24</sup> Como sucede, v. gr., con la violencia y otros modos de cometer los delitos.

<sup>25</sup> Según ocurre respecto de las calidades de las víctimas o de sus vinculaciones con el autor y con las calidades o situaciones de los objetos sobre que recae el delito.

<sup>26</sup> Por ej., arts. 85, inc. 1º, 97 y 108.

<sup>27</sup> Por ej., art. 99, inc. 1º.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 15; MANZINI, *Tratatto de diritto penale*, vol. I, Torino, 1933, p. 523.

<sup>29</sup> SOLER, II, § 47.

<sup>30</sup> DELITALA, *Il fatto nella teorica generale del reato*, Padova, 1930, Primera parte, cap. III.

<sup>31</sup> Ver VARELA, *Condiciones de punibilidad*, "Cuadernos de los Institutos", N° 50, Universidad Nac. de Córdoba, p. 47.

<sup>32</sup> Pueden consultarse, JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 903; MEZGER, I, § 24; JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, 1955, p. 95.

y lo especial. Los *tipos o delitos básicos* representan la figura simple del hecho punible (p. ej., el homicidio, art. 79; o el hurto, art. 162), y constituyen la "espinas dorsal del sistema de la Parte Especial del Código"<sup>33</sup>. Los *tipos o delitos calificados* (agravados) o *privilegiados* (atenuados) son modalidades especiales de un tipo básico. Las modalidades son circunstancias que aumentan la criminalidad del hecho (lo califican o lo agravan; v. gr., el parricidio o el homicidio alevoso, art. 80, incs. 1º y 2º) o la disminuyen (lo privilegian o atenúan; p. ej., el homicidio emocional, art. 81, inc. 1º).

3. *Tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja*. Así también se clasifican los delitos. El criterio de división atiende al bien jurídico tutelado por el tipo o, correlativamente, al bien jurídico lesionado por el delito. Al *tipo de ofensa simple* le corresponde como objeto de la ofensa, un solo bien jurídico (la vida, al tipo del homicidio; la propiedad, al del hurto). Al *tipo de ofensa compleja* le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien que el legislador considera prevaleciente. El tipo del encubrimiento del artículo 278, lesiona la administración pública -lesión que determina el título del delito-, pero también lesiona en forma efectiva la propiedad de la víctima del delito del que proviene el dinero, la cosa o el bien. En la falsificación de un certificado médico prevista por el artículo 295, § 2º, la ofensa que determina el título del delito es la de la fe pública, pero, además, el delito lesiona la libertad personal del detenido en el manicomio, lazareto u hospital. El pago con cheque sin provisión de fondos ofende, como bien prevaleciente, la fe pública, pero, a la vez, también lo hace respecto de la propiedad del que lo recibe en pago o a otro concepto lucrativo.

El bien no prevaleciente no tiene que estar necesariamente protegido por otro tipo penal. El agiotage (art. 300, inc. 1º), lesiona, a la par de la fe pública, como bien predominante, la economía pública, que el código no considera como título delictivo autónomo.

4. *Tipos con unidad o pluralidad de hipótesis*. Algunos tipos toman en consideración una sola forma de realizarse. El tipo del homicidio simple se realiza matando a otro, y el de hurto simple apoderándose ilegítimamente de la cosa mueble total o parcialmente ajena. Ambos son tipos o delitos con unidad de hipótesis. Los medios y los modos de matar o de apoderarse que no generan un tipo especial (calificado o atenuado), resultan indiferentes para los tipos del homicidio y del hurto simple.

A veces, que no son pocas, el tipo prevé más de una forma de realización. Su estudio se ha hecho con criterios distintos y de mayor o menor valor<sup>34</sup>. Se trata de los *tipos o delitos con pluralidad de hipótesis*.

<sup>33</sup> MEZGER, I, p. 377.

<sup>34</sup> Véase FINZI, *Delitos con pluralidad de hipótesis en el derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1944; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, N° 1230; BELING, *Esquema*, p. 38; MEZGER, I, § 24, II, 4; DELOGU, *Le norme penali congiunte* ("Annali di diritto e procedure penale", 1936, p. 521).

La pluralidad de hipótesis de un mismo tipo existe:

a) en los casos de unidad de acción u omisión con efectos distintos (art. 219);

b) en los casos de unidad de acción u omisión con distintas finalidades del autor (arts. 80, inc. 7º, y 226);

c) en los casos de unidad de acción con objetividades materiales distintas (arts. 184, incs. 1º y 2º, y 261);

d) en los casos de unidad de acción con circunstancias diferentes (art. 163, inc. 2º);

e) en los casos de acciones u omisiones distintas que son modos consumativos de un mismo resultado (arts. 172, 173, inc. 8º, 187 y 188, § 1º), o que tienden al mismo fin (art. 188, § 2, y 189 bis, § 1º);

f) en los casos de acciones u omisiones que, aunque sin tender a un mismo fin expresado por el tipo, implican grados de comportamientos afines y de efectos convergentes (arts. 214, y 224);

g) en los casos de acciones u omisiones que implican modos consumativos de resultados afines y de efectos convergentes (art. 139, inc. 2º).

En todos estos casos, así como en otros de concurrencia en el mismo contexto de acción de distintas hipótesis admitidas por la realización del tipo, no se multiplica el delito<sup>35</sup>. Por el contrario, no constituyen distintas hipótesis de un mismo tipo las acciones u omisiones previstas conjuntamente en un mismo artículo, inciso, párrafo, parte o disposición legal, que ofendan el mismo bien jurídico, pero que (son distintas o intrínsecamente divergentes entre sí. Las acciones de abrir una carta y la de desviarla de su destino, prevista en el artículo 153, a pesar de que, con arreglo a la ley, ambas ofenden los secretos ajenos, no sólo son distintas porque constituyen comportamientos diferentes, sino que mientras una tiene por efecto que el autor se entere del contenido de la carta o que pueda hacerlo, la otra priva a su destinatario de ella. Se trata, en realidad, de dos tipos distintos, cuya realización en un mismo contexto puede configurar un concurso real de delitos.

5. *Tipos simples y tipos compuestos*. Esta clasificación atiende al aspecto numérico de las acciones u omisiones típicas. La diferencia que media entre este criterio clasificatorio y el de la clasificación de los tipos, en tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja, reside en que mientras éstos tienen en cuenta el bien ofendido por el delito, el carácter simple o complejo de que tratamos aquí toma en consideración la estructura del hecho típico. Algunos tipos admiten un solo acto (homicidio, lesiones, estafa); son *tipos o delitos simples*. Otros están integrados por varios actos, y constituyen *tipos o delitos*

<sup>35</sup> Otra cuestión es la de si la realización de las distintas hipótesis en consecutivos contextos de acción constituye un delito continuado o un concurso real. Tales pueden ser los casos de continuación a que se refiere FINZI, *Delitos con pluralidad de hipótesis* cit., nota 18.

*compuestos*. El delito de pago con cheques sin provisión de fondos del artículo 302, inciso 1º, no se consuma con la dación en pago o la entrega del cheque por otro concepto, sino con la omisión ulterior de su abono. Para quienes consideran que la repetición de los actos de cura es inherente a la habitualidad requerida por el ejercicio ilegal de la medicina, el tipo del artículo 208, inciso 1º, es un tipo o delito compuesto. Lo mismo se debe decir del tipo del encubrimiento por receptación a que se refiere el artículo 278, que demanda una "actividad habitual".

Los tipos o delitos también se dicen compuestos si de la unión de dos o más tipos se forma uno nuevo. El robo del artículo 164, inciso 2º, está compuesto por el tipo de amenazas del artículo 149 bis, § 1º, y por el tipo del hurto del artículo 162. El robo calificado del artículo 167, inciso 3º, por el daño del artículo 183 (perforación o fractura) y el hurto del artículo 162.

6. *Tipos de peligro y tipos de daño o lesión*. Esta clasificación mira la razón de la tutela represiva. Desde este punto de vista los tipos y los correspondientes delitos se dividen en tipos de peligro y en tipos de daño o lesión.

A veces, la tutela represiva se discierne frente al peligro para un bien jurídico. Es el caso de los *tipos de peligro*. El peligro es la amenaza de daño para el bien protegido por la ley. La amenaza de daño no es la simple posibilidad de que el daño suceda, pues para hablar de una amenaza no basta que la producción del mal no sea imposible. La amenaza que constituye el peligro, es la probabilidad de que el daño se produzca como consecuencia de la situación de peligro creada por el comportamiento del autor. Esta probabilidad existe si esa es una consecuencia que se produce normalmente<sup>36</sup>.

El peligro puede ser *presumido por la ley (peligro abstracto o potencial) o real (peligro concreto o efectivo o corrido)*.

El *peligro presumido* es un peligro que la ley considera inherente al comportamiento, un peligro potencialmente contenido por éste (Ley 13.944, art. 1º). El *peligro real* es aquel que, como una consecuencia del comportamiento, debe existir efectivamente para un bien jurídico en un momento determinado. Exigen un peligro real, el disparo de arma de fuego (art. 104) y el incendio (art. 186). El peligro puede ser *particular (individual)* (art. 104, § 1º) o *común* (art. 186), según que exista para personas o cosas determinadas o respecto de las cosas o las personas en general.

El tipo o delito es *de daño o lesión* si el resultado del comportamiento es un daño o lesión para un bien jurídico, consistente en su destrucción u otra forma de perjuicio.

7. *Tipos de simple conducta, tipos formales y tipos materiales*<sup>37</sup>. Frente a la división de los tipos o delitos en tipos o delitos de peligro y en tipos o delitos de daño (*supra*, let. F), la subsistencia de la presente clasificación se

<sup>36</sup> Véase ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.

<sup>37</sup> NUÑEZ, I, 250.

justifica porque, a diferencia de aquélla, no atiende al peligro y al daño como razón de la tutela represiva, vale decir, a la razón política de la incriminación, sino que mira a la estructura del hecho típico.

*Tipo o delito de simple conducta* es aquél que sólo requiere el comportamiento del autor, sin atender a un resultado potencial o efectivo. Son tales, v. gr., la traición (art. 214), la usurpación de autoridad, títulos u honores (arts. 246 y 247), la violación de sellos (art. 254) y el pago con cheque sin provisión de fondos (art. 302).

Los *tipos o delitos formales* demandan, además del comportamiento del autor, un resultado potencial, como sucede con la injuria, la calumnia (arts. 110 y 109), la instigación y la intimidación pública (arts. 209 y 211) y la falsificación documental (art. 292).

Un tipo o delito es *material o de resultado* si su consumación exige, a la par del comportamiento del autor, que se produzca un resultado de daño efectivo. Son delitos materiales el homicidio, el hurto y la estafa.

8. *Tipos de comisión y tipos de omisión*. Esta clasificación no considera, como se suele pensar, la forma positiva o negativa del comportamiento (hacer o no hacer), sino la razón de su antinormatividad. El tipo o delito es de *comisión* si el comportamiento, que puede ser una acción o una omisión, contraviene una norma prohibitiva. El homicidio es un delito de comisión, porque el comportamiento del autor contraviene la norma que prohíbe matar, y no porque sólo se pueda matar mediante una acción (v. gr., con un balazo), ya que también se lo puede hacer omitiendo algo.

El tipo o delito es de *omisión* si el comportamiento contraviene una norma preceptiva. Son delitos de omisión los atentados contra la libertad de los incs. 1º y 2º y 6º del artículo 143, la omisión de auxilio (art. 108), la denegación de justicia (art. 273) y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (Ley 13.944, arts. 1º y 2º).

9. *Tipos instantáneos y tipos permanentes*. Esta clasificación de los tipos o delitos atiende al aspecto temporal de la consumación del delito.

El delito es *instantáneo* si su consumación se produce y agota en un momento. La unidad temporal de la consumación depende de la naturaleza del bien ofendido y no del modo de la conducta ofensiva. El homicidio se consuma en un momento, porque la vida es destruida por la conducta del autor en el momento del paso de la víctima a la muerte, aunque ésta haya sido el resultado de una conducta prolongada (envenenamiento progresivo) o la lesión mortal no haya operado instantáneamente. Sucede lo mismo con la consumación de los delitos de robo y de provocación al duelo, los cuales se consuman, respectivamente, tan pronto como la cosa ha pasado de poder de la víctima al del ladrón o en el momento mismo en que se produce el acto provocativo. No importa, por el contrario, que el ladrón haya luchado un lapso con el dueño para privarlo de la cosa, o que el provocador al duelo se haya valido de una gravación extensa.

El delito es *permanente* o *continuo*, según la terminología legal (C.P., 63), si su consumación no representa un *acto* consumativo, sino un *estado* consumativo, que implica la permanencia de la ofensa al bien jurídico. El carácter permanente del delito depende de la naturaleza del bien ofendido, que debe ser susceptible de que su ofensa se prolongue sin interrupción. A diferencia de la consumación instantánea, que es compatible con una conducta prolongada, la consumación permanente no es compatible con una conducta instantánea, sino que exige su prolongación. Son delitos permanentes el rapto por retención (art. 130), la privación de la libertad (arts. 141 y 143, inc. 6º) y la usurpación de mando (art. 234)<sup>37 bis</sup>.

El delito permanente no es el delito de efecto permanente. En éste, lo que subsiste no es la consumación del delito, sino los efectos de ella: por ejemplo, en el homicidio, la muerte, y la privación de la cosa, en el hurto.

10. *Tipos comunes y tipos especiales*. Esta clasificación de los tipos y de los delitos atiende a la calidad del autor. Por regla, cualquier persona puede ser autora del delito. En este caso, los tipos o delitos son comunes. En ellos el sujeto activo se designa por fórmulas como “el que”, “los que”, “quien” o “quienquiera”. Nuestras leyes penales prefieren las dos primeras expresiones.

Los tipos o delitos son especiales (*o propios*) si el autor del delito debe poseer una determinada calidad: funcionario (art. 157) jefe de prisión (art. 143, inc. 4º); los padres (Ley 13.944, art. 1º) y el deudor (art. 45, inc. c, del Decreto-ley 15.348/46, rat. por la Ley 12.962, vigente por la ley 23.077).

También se habla de delitos especiales, pero no de tipos especiales, respecto de los delitos regulados de manera especial (delitos de imprenta) o por leyes especiales del Congreso, pero estos últimos, si no exceden la materia represiva propia de una ley especial, no son delitos sino contravenciones.

#### V. Relaciones de los tipos delictivos (Concurso aparente de leyes)

Por lo general, los tipos delictivos son autónomos entre sí, porque, por su distinta estructura, funcionan independientemente (por ejemplo, los del homicidio y el hurto) (*tipos neutrales*).

A veces, los tipos están relacionados y la aplicación de uno implica la exclusión del otro. En esta situación, las distintas leyes (tipos) penales concurren aparentemente. Esto diferencia el concurso aparente de leyes del concurso de delitos, el cual supone la concurrencia formal (ideal) (art. 54) o real (material) (art. 55) de los tipos o disposiciones penales en juego.

<sup>37 bis</sup> En relación a la asociación ilícita (C.P., 210), véase lo resuelto por la C. Ac. Cba, A.I. del 23/11/994, ADRIANA MANDELLI, *Cámara de Acusación. Criterios procesales y sustanciales*, T. Actualización, p. 415, caso n° 461, Advocatus, Córdoba, 1996.

Por regla, entre los tipos se admiten las siguientes relaciones<sup>38</sup>:

a) *Alternatividad*. Ambos tipos regulan en forma diferente un mismo hecho: los tipos del hurto (art. 162) y de la apropiación indebida (art. 173, inc. 2º, según ley 21.338), regulan el apoderamiento de las cosas ajenas. La aplicación de estos tipos es *alternativa*, vale decir, la de uno excluye la del otro, porque, necesariamente, el hecho debe ser una u otra cosa.

b) *Especialidad*. La estructura de uno (tipo especial) comprende la del otro (tipo general). El efecto es que su aplicación funciona con arreglo al principio *lex specialis derogat legi generali*. El tipo general no es aplicable aunque respecto del especial concurre una causa de impunidad (por ejemplo, la prescripción). Esta especie de relación se produce entre los tipos básicos (art. 79) y los calificados (art. 80) o privilegiados (art. 81, inc. 1º); o cuando un tipo (evasión, art. 280) implica un modo de la comisión de otro (atentado a la autoridad, art. 238, inc. 4º).

c) *Consumción*<sup>39</sup>. Esta relación existe:

1º) Si uno de los tipos, sin mediar una relación de especialidad, comprende estructuralmente al otro (el robo, del art. 167, inc. 3º, comprende el daño, art. 183);

2º) si, en un mismo contexto delictivo, el autor realiza dos o más tipos que implican ofensas de gravedad progresiva (primero lesiona y luego mata a la misma persona);

3º) si, en un mismo contexto delictivo, el autor realiza tipos imperfectos y tipos perfectos: el que realiza actos de instigación y, además, actos de autor, es un autor; el que instiga y, además, obra como cómplice secundario, es instigador; el que auxilia o coopera y luego ejecuta el delito, es autor.

En todos los casos, el tipo más grave o, en igualdad de gravedad, el más perfecto excluye la aplicación del otro. *Lex consumens derogat legi consumptae*.

d) *Subsidiariedad*. Esta especie de relación no depende de la estructura de los tipos, sino que la dispone la ley cuando supedita la aplicación de uno de ellos a que no resulte aplicable otro más grave (arts. 104, § 2º, y 150). A diferencia de lo que sucede en el caso de la relación de especialidad, la impunidad del tipo principal no excluye la del subsidiario.

<sup>38</sup> No existe acuerdo sobre el número ni sobre su contenido. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, II, Nº 689.

<sup>39</sup> Negada a veces (v. HIPPEL, *Manuale*, p. 247), es concebida por otros con distintos contenidos (compárese SOLER, II, § 46, IV, V y VI, o MEZGER, II, § 69, II, 2, con FRANK, *Strafgesetzbuch*, 18 ed., § 73, VII, 2 b y c, que considera como de subsidiariedad casos que aquéllos incluyen en la consumción). Ver MARIA CRISTINA BARBERÁ, *Concurso de normas. Consumción por estructura del tipo*, L. L. 1979-C-842.

Cuarta Parte

**ANTI JURIDICIDAD**





## Capítulo I

### LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO<sup>1</sup>

En un estado de derecho la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de una infracción al orden establecido por el derecho. Lo contrario implicaría una contradicción.

La *antijuridicidad* es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. Esa calidad no existe simplemente porque el hecho sea típico. Salvo en los casos en los que un elemento normativo del tipo exige y adelanta, como un elemento de la noción del hecho, el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor, la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad del hecho<sup>2</sup>, ya que la presunción que aquélla implica es excluida si concurre una causa de justificación. El que mata en legítima defensa realiza el tipo delictivo del artículo 79, pero no obra antijurídicamente. Pero el que realiza un tipo penal obra antijurídicamente si no concurre una causa de justificación.

Esa determinación de la antijuridicidad mediante el principio de la regla-excepción, no conduce a la existencia de una especial antijuridicidad penal. En efecto, si bien el tipo es una selección de hechos que por su dañosidad el legislador declara dignos de pena, esa selección no los excluye del sometimiento

<sup>1</sup> NUÑEZ, I, 287; *id.*, *Conceptos fundamentales acerca de la antijuridicidad* ("Revista jurídica de Córdoba", 1949, p. 205); FONTÁN BALESTRA, II, § 28; SOLER, I, § 26; HEINITZ, *El problema de la antijuridicidad material*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1947. Sobre cómo el sistema dogmático de los penalistas va ejerciendo su influencia en el derecho civil, ver ORGAZ, *El acto ilícito* ("La Ley", t. 140, p. 1099).

<sup>2</sup> Se dice que sólo los "tipos cerrados" -aquellos que no hacen referencia a la norma que les sirve de base- tienen valor indiciario respecto de la antijuridicidad, y que carecen de él los "tipos abiertos" -aquellos que mediante la mención de expresiones que, como antijurídicamente, ilegalmente, etc., subordinan la tipicidad de la acción a su antinormatividad- (MAURACH, I, 349; WELZEL, *Derecho penal*, 1956, § 14.2). Pero en realidad, sucede al revés, pues estos tipos que adelantan al momento de la tipicidad el juicio de antijuridicidad, no son indiciarios de ella, sino que la llevan inherente.

miento al juicio unitario de todo el ordenamiento jurídico positivo (*unidad de la antijuridicidad*). Esta unidad, resultante de la necesaria armonía de ese ordenamiento y que en aras del orden excluye toda contradicción, se manifiesta en el caso concreto a través de la *norma* jurídica que lo regula. Esta norma es el producto del entrelazamiento sistemático de las leyes y preceptos jurídicos positivos aplicables el caso, con arreglo a los principios de la recíproca prevalecencia (C.N., 31) y de la especialidad.

Se dice que la antijuridicidad es *formal*, porque únicamente el derecho positivo, mediante la formulación de los tipos y de las reglas especiales de justificación, constituye su fuente, y, por consiguiente, la antijuridicidad sólo existe si el hecho ha sido cometido contrariando la norma prohibitiva u ordenadora del pertinente tipo delictivo, sin que concurra una causa de justificación.

El concepto de la antijuridicidad formal difiere del de la *antijuridicidad material*. Este concepto obedece a la idea de que la antijuridicidad tiene un contenido o sustancia real, que no consiste en la oposición formal del hecho a una especial norma jurídica.

De tal manera, a la antijuridicidad se la hace residir en la falta de adecuación del hecho a determinadas pautas decisorias. Así, desde un punto de vista subjetivo, se vincula la antijuridicidad a criterios valorativos, y se dijo que una acción era antijurídica si no se presentaba como el medio adecuado para lograr el fin reconocido como legítimo por el legislador (v. LISZT); o no se presentaba como un medio justo para el fin justo (DOHNA); o si más bien perjudicaba que beneficiaba al estado (SAUER); o se oponía al fin último de todo derecho de satisfacer en la mayor medida conciliable los intereses individuales frente a los de la colectividad (MEZGER). En cambio, el objetivismo creyó encontrar la materia de la antijuridicidad en la oposición de la acción a las normas de cultura social, vale decir, a las normas de carácter social, moral, religioso, etc., con las cuales la sociedad, mediante prohibiciones y mandatos, exige las conductas convenientes<sup>3</sup>.

Esas tesis supraleales, que encuentran la materia de la antijuridicidad de los hechos tipificados por la ley penal, en criterios ajenos al derecho positivo, desconocen la autonomía de éste frente a los demás reguladores de la vida social, los cuales no cumplen su verdadera función en el momento de la aplicación del derecho, sino en el legislativo, al señalar las necesidades y el sentido de la regulación jurídica. El artículo 1066 del Código Civil, en armonía con el artículo 19 de la Constitución Nacional, reconoce esa autonomía al decir que ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuera expresamente prohibido por las leyes, ordinarias, municipales o reglamentos de policía.

<sup>3</sup> Ver NUÑEZ, *Conceptos fundamentales* cit., N<sup>os</sup>. XIII a XV. Con amplitud, HEINTZ, *La antijuridicidad material* cit., §§ 7 a 11.

El concepto de la antijuridicidad formal no dice cuál es la sustancia de un hecho antijurídico, sino que mediante el no funcionamiento del principio de la regla-excepción se limita a señalar los casos en que lo es. Pero, más allá de ese formalismo, la antijuridicidad del hecho representa la ofensa que él implica a los intereses sociales receptados por los tipos delictivos. Esa ofensa es de naturaleza objetiva porque se traduce en la lesión, de daño o de peligro, del bien jurídico (*antijuridicidad objetiva*). El “concepto personal del injusto” elaborado por el finalismo sobre la idea de que lo injusto reside siempre en el “disvalor de la acción” y sólo en los delitos de resultado, también en el disvalor de éste<sup>4</sup>, es la consecuencia del trastrueque del soporte material de lo “injusto” (el hecho), con la razón de ser de su injusticia (la antijuridicidad). En relación al hecho puede hablarse, por un lado, del “disvalor de la acción”, y por otro, del “disvalor de su resultado”. Pero, eso no es factible en lo que atañe a la antijuridicidad, que no es algo material divisible, sino el resultado del juicio de disvalor sobre la simple acción o sobre ella y su resultado, según sea una u otra la estructura del hecho objeto del juicio.

<sup>4</sup> WELZEL, *Derecho penal*, 1956, p. 70 (11ª ed., p. 91). Con críticas, MAURACH, I, 264 y 358.



## Capítulo II

### CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Cuando se admite que en el sistema del derecho positivo, la tipicidad del hecho no determina su antijuridicidad, sino que es un indicio de ella, se acepta también que, en determinadas circunstancias, el derecho positivo no confirma ese indicio. Esas circunstancias, que respecto del valor indiciario de la tipicidad del hecho funcionan como excepciones a la regla, son las llamadas *causas de justificación* o permisos concebidos para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico. Las causas de justificación no son causas negativas del tipo penal, sino de su valor indiciario<sup>1</sup>.

Sustancialmente, las *causas de justificación* obedecen al principio de que, en el conflicto entre dos bienes jurídicos, debe salvarse el preponderante para el derecho positivo. Esa preponderancia debe extraerse teniéndose en cuenta el orden jerárquico de las leyes (C.N., 31), mediante la interpretación coordinada de las reglas legales aplicables al caso, extraídas de la totalidad del derecho positivo. Por ejemplo, la justificación del hecho típico cometido por un agente de policía en funciones, si bien puede encontrar su base en el artículo 34, inciso 4º, del Código penal, también puede depender de un reglamento (v. gr., el relativo al uso de armas).

Rechazada la idea de que la antijuridicidad tiene una materia o contenido supralegal, tampoco puede admitirse la existencia de causas de justificación de esa índole<sup>2</sup>.

El rechazo de las causas de justificación supralegales no significa, sin embargo, que el derecho positivo únicamente admita las causas de justificación mencionadas expresamente por la ley penal. Esta restricción no sólo equivaldría a negar la vinculación sistemática de las distintas ramas del derecho positivo y, así, la unidad de la antijuridicidad, sino que también desconocería la necesaria coherencia del orden jurídico (necesidad de no contradic-

<sup>1</sup> Sobre la razón de la teoría, expuesta particularmente por FRANK, de las causas de justificación como "circunstancias típicas negativas", y su error, ver RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1953, p. 215.

<sup>2</sup> Sobre ellas, SOLER, *Causas supralegales de justificación* (apartado de la "Revista de derecho, jurisprudencia y administración", Montevideo, t. XXXIX, p. 161).

ción). Esta necesaria coherencia hace que, incluso sin su regulación expresa, la justificación de los hechos legalmente típicos funcione según el principio, sancionado por el derecho positivo, de la *protección del bien jurídicamente preponderante*. Este principio está aceptado en toda su extensión en el artículo 34, inc. 3º del Código penal (evitación del mal mayor).

Todas las causas de justificación reguladas en la Parte General (art. 34, incs. 3º, 4º, 5º, 6º y 7º) y en la Parte especial del Código penal (arts. 86, § 2º, incs. 1º y 2º; 111, inc. 1º y 152, tienen su fundamento en la protección del bien jurídicamente preponderante. El Código penal no prevé, en cambio, casos de justificación por ausencia de interés del ofendido. El *consentimiento de éste*, cuya razón es referida a este principio<sup>3</sup> y que ha sido reconocido como causa de justificación por la legislación<sup>4</sup> y por los autores<sup>5</sup>, en nuestro derecho penal sólo es una causa de exclusión de los tipos que requieren expresa (C. P., art. 150) o implícitamente (arts. 110, 119, 141, 162 y 181, inc. 1º) la falta de consentimiento del ofendido<sup>6</sup>, o es un requisito de otra causa de justificación<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> MEZGER, I, §§ 27 y 28, I.

<sup>4</sup> Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, Nº 1420.

<sup>5</sup> Sin restricciones, ORGAZ, *Las causas de justificación* ("La Ley" t. 141, p. 997). Admitiendo que por lo común excluye el tipo, SOLER, I, § 29.

<sup>6</sup> NUÑEZ, I, 419; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, Nº 1428; FONTÁN BALESTRA, §§ 27, II y 29, 10, I; CABALLERO, *El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el Derecho Penal*, Córdoba, 1967, Nº VI. Las objeciones de ORGAZ a nuestro punto de vista (ob. cit., Nº 3), desconocen la función del tipo delictivo y su relación con la antijuridicidad. Decir que el consentimiento excluye el tipo no implica desconocer la unidad de la ilicitud y de la justificación, sino, únicamente, reconocer que la ilicitud cuyas consecuencias interesan a otras ramas del derecho, pueden resultar indiferentes para el derecho penal. Además, los ejemplos que Orgaz pone para justificar su tesis son, precisamente, ejemplos muy claros de que el consentimiento del ofendido incide, antes que en la antijuridicidad, en la estructura del tipo: la violación de domicilio exige que el autor entre "contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga el derecho de excluirlo" (art. 150); y el hurto requiere que el autor se apodere "ilegítimamente" de la cosa mueble, total o parcialmente ajena (art. 162). Ilegitimidad que desaparece si el propietario, usando de su derecho de disponer de su propiedad, consiente que el autor se apodere de la cosa. Ahora bien, no comete violación de domicilio el que entra a la casa ajena con permiso del dueño; ni se apodera furtivamente el que lo hace autorizado por el propietario. Por el contrario, el que mata en legítima defensa, mata y actúa típicamente con arreglo al art. 79, aunque lo haga legítimamente. En su respuesta a esta nota, ORGAZ (*La ilicitud*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1973, p. 51, nota 16 bis), sigue prescindiendo de que en derecho penal, la falta de tipicidad del hecho excluye cualquier otro examen jurídico-penal del caso. Otra cosa es -aunque esto ya no interesa a los efectos penales- que cuando el tipo contiene un elemento normativo cuya consideración implica adelantar el examen de la antijuridicidad (supra, p. Cap. VII, ap. II), su ausencia excluye la antijuridicidad del hecho. Esto es lo que, aunque sin extraer la debida conclusión para nuestra discrepancia, parece reconocer ORGAZ en la nota 1 del § 6 de la obra citada. Lo que ORGAZ califica de "distinción puramente teórica y para uso exclusivo del derecho penal", adquiere un poco de más importancia cuando se lee el art. 18 de la Constitución.

<sup>7</sup> NUÑEZ, I, 420; FONTÁN BALESTRA, II, 97; CABALLERO, ob. y lug. cit.

Los efectos de las causas de justificación se extienden en razón del principio de la unidad de lo antijurídico y exceden el ámbito penal. El efecto penal de las causas de justificación es la impunidad del hecho. Salvo el enriquecimiento sin causa, también excluyen la responsabilidad civil (C. C., 907)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> VARELA, *Legítima defensa y reparación del daño por enriquecimiento sin causa* ("Cuadernos de los Institutos", N° 63, Universidad Nacional de Córdoba, p. 93); Sup. Corte de la Provincia de Buenos Aires, Acuerdos y Sentencias, t. 1960, III, p. 72. Sobre el fundamento de la obligación de resarcir, en un caso de daños causados por un acto lícito por el cumplimiento legítimo de un deber, véase la rica polémica planteada entre G.N.T. y MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ: *¿Enriquecimiento sin causa o equidad?*, Diario Jurídico de Comercio y Justicia, Córdoba, n° 326 del 13/IX/983, p. 1; *Responsabilidad del Estado. Cinco opiniones sobre un caso polémico*, Diario Jurídico n° 339 del 30/IX/983, p. 1; *¿Es tan despreciable la cuarta opinión?*, Diario Jurídico n° 347 del 14/X/983, p. 1; *Sí, la cuarta opinión es despreciable. Otra vez sobre la responsabilidad del Estado*, Diario Jurídico n° 358 del 31/X/983, p. 1.





### Capítulo III

#### I. Estado de necesidad

El Código penal ha receptado en el inc. 3º del artículo 34 el principio de que *quod non est licitum lege, necessitas facit licitum*. Con arreglo a ese inciso, el estado de necesidad, en lo que al derecho penal atañe, es la situación en que se encuentra el que *causare un mal a un bien ajeno, por evitar otro mayor inminente a un bien propio o ajeno, al que ha sido extraño*. Su fundamento justificador reside en la preponderancia del bien jurídicamente más valioso que representa el mal menor.

*Mal* es el daño causado a un interés individual o social protegido jurídicamente (bien jurídico). Puede ser un bien individual, como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad, propios o ajenos; o pueden ser bienes de índole social como son la salud y la seguridad públicas o el orden constitucional y la seguridad de la Nación. El mal causado no puede consistir en una ofensa de naturaleza civil; debe tener naturaleza penal, pues es el que constituye el delito que el inc. 3º considera impune. Puede ser un delito doloso o culposo, pues es posible que debido a su comportamiento culposo, el autor, para no causar un mal mayor, deba optar por otro menor<sup>1</sup>.

La *mayor entidad del mal*, y así la determinación del bien menos valioso, no depende exclusivamente de la calidad de los bienes en juego, sino, también, de la calidad del daño evitado al bien defendido y del causado al bien lesionado. La apreciación de ambas calidades no debe hacerse con arreglo al criterio personal del autor ni del damnificado ni del juez, sino según el valor que les asigne el derecho positivo de conformidad con las normas de cultura social propias de cada tiempo y lugar y las circunstancias de cada caso<sup>2</sup>. El origen del mal mayor que se quiere evitar no interesa: puede haberse causado por una persona o provenir de un hecho natural o de un animal; si es

<sup>1</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 131 y nota al pie nº 263..

<sup>2</sup> ¿Cómo saberlo?, dice ORGAZ, *La ilicitud* cit., p. 141, nota 25. ¿Y las valoraciones constitucionales o penales o de otra naturaleza jurídica? Las que menciona Orgaz (ps. 142 y ss.), sólo son válidas en cuanto las admita el derecho positivo.

humano, no interesa si el autor obró lícita o ilícitamente o si obró culpable o inculpablemente. Si objetivamente los males en juego son de valor equivalente, no funciona el estado de necesidad del inc. 3º, sino que, concurriendo respecto del autor la amenaza de un mal grave e inminente, lo aplicable es la coacción del inc. 2º<sup>2 bis</sup>.

La *inminencia* del mal mayor es la que determina la necesidad justificante. El mal es inminente si está por suceder prontamente. Esto no sólo exige que el peligro de que se realice el mal sea efectivo, sino, también, que se presente como de realización inmediata. “No basta, por consiguiente, que el mal sea posible; no basta que se le vea lejano; es menester que exista, es menester que nos amague, próximo, inminente. Aunque haya comenzado la tormenta, no es permitido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se conserva bien, que obedece a la maniobra, que el agua no lo inunda incesante e irresistible”<sup>2 ter</sup>. No se puede invocar un estado de necesidad sin que el autor esté frente a la alternativa de actuar o de que, no actuando o procediendo de una manera inocente o más benigna, se efectivice el daño para el bien más valioso<sup>3</sup>.

La ley, mediante la fórmula “por evitar...” exige que el autor obre movido por la necesidad de impedir el mal mayor. Si alguien, al realizar un hecho penalmente típico (la destrucción de una vidriera), casualmente evita un mal mayor (la asfixia del morador), no comete un daño justificado.

El autor es *extraño al mal mayor*, si éste no es atribuible a su intención<sup>4</sup>. Pero, además de serle extraño ese mal, el autor no debe estar jurídicamente obligado a soportarlo<sup>5</sup>.

## II. Legítima defensa<sup>6</sup>

### 1. Generalidades

La *legítima defensa* (C.P., 34, incs. 6º y 7º) es un caso especial de estado de necesidad. Su justificación reside en la prevalecencia de interés por la protección del bien del agredido respecto del interés por la protección del bien del agresor, lesionado por aquél o por el tercero que lo defiende. A diferencia de lo que sucede en el estado de necesidad, aquí la justificación no

<sup>2 bis</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 132.

<sup>2 ter</sup> PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 1881, t. I, p. 163.

<sup>3</sup> En esto consiste, en sustancia, la “inevitabilidad del mal mayor de otra manera distinta”, exigida por algunos (HERRERA, ob. cit., p. 446; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 396).

<sup>4</sup> Ver NUÑEZ, I, 332. Cfms. FONTÁN BALESTRA, II, 176; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 393.

<sup>5</sup> Más detalles y ejemplos en NUÑEZ, I, 335, y FONTÁN BALESTRA, II, 178.

<sup>6</sup> NUÑEZ, I, 343; FONTÁN BALESTRA, II, § 32; SOLER, I, § 31; HERRERA, *La Reforma penal*, p. 464; RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, p. 426; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, p. 19.

encuentra su fundamento en el mayor valor del bien resguardado en relación al sacrificado, sino en la injusticia de la agresión del titular de este último. Siempre que haya racionalidad en el medio defensivo empleado por el agredido y que éste no haya provocado suficientemente la agresión, resulta justificado el sacrificio de un bien de mayor valor que el defendido.

La legítima defensa puede ser de la propia persona o de los derechos propios (art. 34, inc. 6º), o de la persona de un tercero o sus derechos (art. 34, inc. 7º). La primera puede ser presumida (art. 34, inc. 6º, §§ 2º y 3º).

## 2. Defensa propia

Actúa en *defensa propia* el que en defensa de su persona o de sus derechos, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente por su parte, le ocasiona un perjuicio a la persona o derechos del agresor.

El presupuesto de la defensa propia es que exista una *agresión ilegítima*. La *agresión* es un ataque actual o inminente de una persona a la persona o derechos ajenos. Ese ataque existe cuando la conducta de una persona crea un peligro de menoscabo para la persona o derechos de otra. Este peligro también puede consistir en la amenaza de prosecución de un daño ya comenzado. Si el daño está concluido, el ataque no será actual ni inminente.

La conducta constitutiva de la agresión, que no es compatible con una conducta puramente omisiva aunque sea delictiva<sup>7</sup>, puede consistir o no en un acometimiento personal y ser o no un delito.

La agresión tiene naturaleza objetiva, en el sentido de que la constituye el comportamiento externo de su agente, sin consideración a su culpabilidad, motivos o fines. Así, es una agresión el ataque de un inimputable, o el de la persona que obra por error o para gastar una broma. Lo esencial es que, concurriendo el peligro, el agredido se encuentra frente a la situación material que tiene derecho a repeler<sup>8</sup>.

La agresión es *ilegítima* si el agresor ha obrado sin derecho. La regla es la ilegitimidad de la agresión. La excepción concurre cuando el proceder del sujeto activo está autorizado por significar el ejercicio de un cargo público o de autoridad (paternal, disciplinaria) o de su derecho (por ejemplo, el de retención).

<sup>7</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit. p. 142; también, NUÑEZ, I, 348.

<sup>8</sup> Los disparos que en broma se hacen contra la persona del agredido, lo autorizan a defenderse, siempre que no esté enterado de que se trata de una broma, pues en caso contrario, ante sus ojos no habría realmente una agresión. Por el contrario, si la víctima cree que quien amenaza dispararle con un revólver de juguete, lo hace con uno de verdad, desde el punto de vista objetivo no existe una agresión y el agredido actúa inculpablemente, pero no en legítima defensa. El que usa un revólver de juguete nunca podrá disparar, en tanto que los disparos en broma pueden llegar a lesionar o matar al agredido. Piénsese en el bromista mal tirador.

Los *bienes defendibles* son, además de la vida y la integridad física, todos los intereses que el derecho positivo le reconoce al individuo como bienes suyos en el más amplio sentido, sean personalísimos, como su honor, su libertad, su honestidad; sean derecho patrimoniales o de familia<sup>9</sup>. Lo mismo se debe decir respecto de los bienes del agresor ofendibles por el agredido.

El *medio defensivo*, que no es el instrumento empleado, sino la conducta defensiva usada<sup>10</sup>, es *racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión*, si su empleo es oportuno y guarda proporción con la agresión. El empleo del medio es *oportuno* si se usa para impedir la agresión inminente, o para repeler la agresión actual. El medio empleado *guarda proporción con la agresión*, si, con arreglo a las circunstancias y al valor de los bienes en juego, su uso implica un "empleo adecuado de los elementos de la defensa de que se dispone con relación al ataque<sup>11</sup>, inminente o en curso. La notoria desproporción de los bienes en juego vuelve irracional la defensa del de menor valor<sup>12</sup>.

*Provoca la agresión* el agredido que la causa conscientemente. Provoca conscientemente la agresión no sólo el que la incita maliciosamente para disimular, so pretexto de defensa, la criminalidad de su conducta (pretexto de legítima defensa), sino también, el que voluntariamente se coloca en situación de agredido, como sucede con el ladrón o con el amante de la adúltera. No basta que el que se defiende haya provocado la agresión para que se excluya la legitimidad de su defensa. Es preciso que la haya provocado *suficientemente*, esto es, que su conducta, sin llegar a constituir una agresión que legitime la agresión del provocado, represente un motivo suficiente para causarla<sup>13</sup>.

### 3. Defensa propia presumida<sup>14</sup>

Con arreglo al inc. 6º, §§ 2º y 3º del artículo 34, se presume que concurren las circunstancias constitutiva de la defensa propia:

a) respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o de su departamento habitado o de sus dependencias; y

b) respecto de aquel que encontrare un extraño adentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

<sup>9</sup> Esa es la opinión generalizada entre los autores y tribunales. En contra, HERRERA, *La Reforma penal*, Nº 270, que restringe los derechos defendibles a la persona y derechos que le son inherentes como la integridad personal y la libertad. Ver su crítica y más detalles y jurisprudencia sobre el punto, en NUÑEZ, I, 351.

<sup>10</sup> Ver CARRARA, *Programa*, § 1338 y nota 1.

<sup>11</sup> MORENO, *El Código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, t. II, p. 300.

<sup>12</sup> Véase SOLER, I, § 31, VII.

<sup>13</sup> CARRARA, *Programa*, § 1292, nota 2.

<sup>14</sup> Con amplitud, NUÑEZ, I, 384 y 386.

En estos dos casos, considerados por algunos como de “defensa privilegiada”<sup>15</sup>, la presunción legal de que concurren las circunstancias exigidas para la legítima defensa, es una presunción *juris tantum*, que admite la prueba en contrario respecto de que en el caso particular el escalamiento, la fractura o la resistencia no involucraron la situación de peligro personal para el morador que fundamenta la presunción<sup>16</sup>.

#### 4. Defensa de un tercero

Existe legítima defensa de la persona o derechos de otro, si éste es objeto de una agresión ilegítima y el autor emplea un medio racionalmente necesario para impedirla o repelerla, siempre que el agredido no hay provocado suficientemente la agresión o, en caso contrario, que no haya participado en ella el tercero defensor (art. 34, inc. 7º).

La defensa del tercero, en su persona o derechos, que pueden ser los de una persona física o ideal<sup>16 bis</sup>, reside esencialmente, a la par que en la ilegitimidad de la agresión y racionalidad de la defensa, en la no participación del defensor en un acto de provocación suficiente por parte del ofendido.

La participación puede ser moral (instigación) o material, y principal o accesoria.

### III. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, autoridad o cargo

Los autores sistematizan las causas de justificación mencionadas en el inciso 4º del artículo 34, separando, por un lado, bajo el título de “cumplimiento de la ley” -porque se trataría de deberes que surgen directamente de ella y que el autor directamente ejecuta-, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de autoridad o cargo; y por el otro, el ejercicio de un derecho, que comprendería acciones que la ley no prohíbe<sup>17</sup>. El criterio no agrega nada sustancial, sino una denominación ajena a la terminología legal.

HERRERA, de acuerdo con autores nacionales y extranjeros<sup>18</sup>, consideró inútil la mención legal de esas causas de justificación<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> SOLER, I, 357 (porque se justifica “cualquier daño ocasionado al agresor”); FONTÁN BALESTRA, II, 156.

<sup>16</sup> Detalles y ejemplos en NUÑEZ, I, 382 y 383. Piensa que es una presunción *juris et de jure*, HERRERA, *La reforma penal*, p.468. Por la presunción *juris tantum*, Proyecto de 1891 (1ª ed.), p. 64, y la opinión dominante.

<sup>16 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 148.

<sup>17</sup> SOLER, I, 317. Acepta la división, FONTÁN BALESTRA, II, §§ 30 y 31.

<sup>18</sup> Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 489.

<sup>19</sup> HERRERA, *La Reforma penal*, p. 457: “Es absurdo suponer que pueda haber delito cuando se cumple con el deber o se obra en el legítimo ejercicio de un derecho”. En realidad, lo mismo se podría decir de la enunciación legal de las demás causas de justificación, si no fuera peligroso dejar al arbitrio interpretativo de los autores y tribunales el funcionamiento

### 1. *Cumplimiento de un deber*<sup>20</sup>

Quien comete un acto arreglado a un tipo delictivo, *obra en cumplimiento de un deber* si lo hace obedeciendo a una obligación legal (C. C., 1071). Es legal la obligación impuesta directamente por la ley en el sentido amplio de constitución, ley, reglamento u ordenanza; no quedan comprendidos los deberes derivados de una convención particular o de un cargo público<sup>20 bis</sup>. Por ej., la obligación del testigo de declarar la verdad, justifica la deshonra y descrédito a otro (art. 110); la obligación de no revelar el secreto profesional, justifica la abstención de prestar declaración (art. 243). Se trata siempre de un conflicto entre dos obligaciones legales, en el cual, frente a la ley prohibitiva general que representa el tipo delictivo, prevalece la ley autoritativa especial, de igual o superior jerarquía constitucional que aquélla (C. N., 31)<sup>21</sup>. La prevalencia puede también corresponder a una ley provincial (C. N., 121 y 122). Sólo justifica el cumplimiento del deber impuesto por una norma sancionada por un órgano competente, si ha sido dictada legalmente y media una ejecución correcta del deber, sin excesos, en el caso concreto<sup>21 bis</sup>.

### 2. *Ejercicio legítimo de un derecho*<sup>22</sup>

El ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir en ilícito ningún acto (C. C., 1071). Un *derecho* en el sentido del artículo 34, inciso 4º, o un *derecho propio* en el sentido del artículo 1071 del Código Civil, es el derecho subjetivo reconocido por la ley a una persona para cometer un hecho penalmente típico. Estos derechos subjetivos no deben confundirse con las autorizaciones legales porque éstas, a diferencia de aquellos derechos, no implican facultades de exigir algo a terceros<sup>22 bis</sup>. Aquí también se trata de la ley en sentido amplio. Los usos y costumbres pueden conceder ese derecho si una ley se refiere a ellos, pero no estando la situación reglada legalmente no lo pueden hacer de manera autónoma (Código civil, 17). El derecho subjetivo puede emerger directamente de la ley. Por eso, los artículos 2218 y 3886 del Código civil justifican una retención penalmente típica (art. 173, inc. 2º). El derecho subjetivo también puede tener su fuente mediatamente en la ley a través de una convención. El contrato puede justificar que un condómino, en ciertas condiciones, se apodere de la cosa entregada en posesión a otro con-

---

práctico del principio de la regla (tipo delictivo) y de la excepción implícita (la prevalecencia del bien más valioso, exigida por el principio de coherencia o no contradicción del ordenamiento jurídico). "No son, sin embargo, superfluas las definiciones -sostuvo Rivarola- cuando están destinadas a legislar casos en que podía producirse la duda de saber si se trataba o no del ejercicio de un derecho o de un deber" (*Derecho penal argentino*, p. 424).

<sup>20</sup> NÚÑEZ, I, 399.

<sup>20 bis</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 133.

<sup>21</sup> NÚÑEZ, I, 401.

<sup>21 bis</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 134.

<sup>22</sup> NÚÑEZ, I, 402.

<sup>22 bis</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 135.

dómino, excluyendo así el castigo por hurto. Esta justificación es otro caso de conflicto de disposiciones legales, en el cual frente a la prohibición general emergente del tipo delictivo, prevalece la autorización de una ley especial de igual o superior jerarquía constitucional (C. N., 31).

Sólo el ejercicio legítimo o regular del derecho propio es justificante. La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Se considera tal el ejercicio que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho de que se trata o que excede los límites supuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres (C. C., 1071, § 2º)<sup>23</sup>.

### 3. *Ejercicio legítimo de una autoridad*<sup>24</sup>

Si bien el *acto de autoridad* a que se refiere el inciso 4º del artículo 34, implica el ejercicio de una facultad legal, ésta no es un simple derecho subjetivo, sino un poder de imperio o supremacía respecto de otra persona, cuya fuente no es el ejercicio de un cargo público, sino situaciones jurídicas de otra índole. Es frecuente, empero, que a esta causa de justificación no se la prevea específicamente<sup>25</sup> y que los casos que comprende se consideren como de ejercicio legítimo de un derecho<sup>26</sup>.

La autoridad justificadora funciona en el ámbito de la autoridad familiar, en razón de la facultad de corrección de ambos padres (C.C., 278) o de los tutores (art. 415) y curadores (arts. 475 y 482). Al marido no le corresponde, en cambio, una potestad correctiva de igual índole respecto de la esposa, sino que, limitadamente al caso de la violación por la mujer de su obligación de cohabitar con su esposo, debe hacer valer su autoridad marital, policial o judicialmente (C. C., 187). Los padres pueden delegar el ejercicio de su autoridad en otras personas o establecimientos (C. C., 278).

La corrección familiar debe ejercerse moderadamente<sup>26 bis</sup>. El exceso puede ser reprimido por la autoridad local (C. C. 278), sin perjuicio de la sanción

<sup>23</sup> Ver C. N. Paz, Sala IV, 28-III-969, *La Ley*, t. 135, p. 524; también, el caso resuelto por la C. 2ª del Crimen de Cba., el 24/V/979, en el que, sin embargo, se consideró lícita la conducta de quien hizo justicia por propia mano, ejerciendo una facultad que sólo podía ejercer por manos de autoridad competente: *Semanario Jurídico* n° 93 del 21/VIII/979, p. 222, con nota de NUÑEZ: *Impedimento legítimo de un acto ilícito y ejercicio arbitrario del propio derecho*.

<sup>24</sup> NUÑEZ, I, 405; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, N° 1410 y 1411.

<sup>25</sup> Proyectos COLL-GÓMEZ, PECO y de 1951.

<sup>26</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, N° 1410 y 1411.

<sup>26 bis</sup> "La facultad de los padres reconocida por la ley y acordada por el derecho natural de educar a sus hijos que lleva ínsito el poder de corregirlos, no puede servir de excusa valedera cuando el mismo se ejerce más allá de lo necesario, de lo lógico y de lo humanamente aceptable" (C. N. Crim.y Correc., Sala II, 18-VI-976, *La Ley*, 17 noviembre de 1976, fallo n° 73.643). No aceptó la justificante, ni que mediara un exceso, la Cámara de Acusación de Córdoba, A.I. n° 32, 16/4/980, MANDELLI, ob. cit., T. I, p. 378, caso n° 580, porque el padre, que privó de la libertad y ocasionó lesiones de carácter leve a su hijo, adoptó medidas que, dañosas y dolorosas, no se avienen con lo que la ley faculta.



represiva común. Entran dentro de los límites de la moderación las coacciones, los términos de sentido injurioso, las penitencias limitadoras de la libertad personal y los castigos corporales sin efectos lesivos intencionales. Los tribunales han admitido la justificación de las lesiones levisimas inferidas como reprimenda por los padres a los hijos<sup>27</sup>, aunque los autores no están siempre de acuerdo<sup>28</sup>. El ejercicio de la autoridad familiar autoriza como medida de vigilancia la apertura de la correspondencia privada del sujeto pasivo<sup>29</sup>.

La autoridad disciplinaria privada justifica hechos adecuados a ciertos tipos penales, como sucede, por ej., respecto de las injurias<sup>30</sup>.

#### 4. Ejercicio legítimo de un cargo

Esta causa de justificación, prevista por el inciso 4º del artículo 34, implica el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público. El juez que ordenó un desalojo con uso de la fuerza pública, aunque su acto se adecua formalmente a la instigación de un despojo (art. 181, inc. 1º), no es punible, porque ha obrado legítimamente. También obra justificadamente, aunque cause lesiones, el guarda cárcel que hiere a un preso para impedir su fuga.

El ejercicio del cargo debe ser legítimo. La legitimidad supone la legalidad del título en cuya virtud el autor desempeña el cargo y la legalidad de su ejercicio en el caso concreto. Lo primero requiere que la autoridad no haya sido usurpada (C. P., 246). El ejercicio es legal si el autor obra en materia de su competencia y no lo hace con abuso de autoridad (C. P., 248 y 251) ni con exceso en la acción, sea en el modo o en la medida de su ejercicio<sup>30 bis</sup>.

<sup>27</sup> Cám. Crim. y Correc. de la Capital, 2-XII-938, *Fallos*, t. 4, p. 442. En contra la misma Cámara, 10-VI-938; *Fallos*, t. 4, ps. 437 y 439; 25-IX-945, *Fallos*, t. 5, p. 170; 17-IX-954; La Ley, t. 76, p. 581; 13-V-964, *Doctrina Judicial*, 4 de junio de 1964, N° 2278, p. 519, resumen N° 756; 2-IV-966, *La Ley*, 19 de setiembre de 1966, "Reseña de Fallos", 14.110-S. También Sup. Corte Tucumán, 9-VIII-950, *La Ley*, t. 65, p. 222. Un caso de corrección excesiva por parte de la guardadora de un menor, en *Semanario Jurídico* n° 844, del 4/VII/991, p. 199, con nota de DANIEL PABLO CARRERA.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 540; NUÑEZ, I, 406.

<sup>29</sup> Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital, 19-II-946, *J. A.*, 1946-II, p. 38.

<sup>30</sup> Ver NUÑEZ, IV, 91; en contra de lo dicho en el t. I, 409, a raíz del cambio de concepción respecto del *animus injuriandi* ("Cuadernos de los Institutos", N° 64, Universidad Nacional de Córdoba, p. 9).

<sup>30 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 138.

#### IV. Obediencia debida<sup>31</sup>

Existen distintas situaciones de subordinación que, en sus respectivos ámbitos, constituyen fuentes del deber de obedecer. Tales son, por ej., la subordinación jerárquica administrativa, la laboral, la eclesiástica, la doméstica, etc. Sólo la primera, por su naturaleza pública, genera un deber de obediencia jerárquica susceptible de constituir una causa de justificación de la conducta adecuada a un tipo delictivo. Mediando un orden jerárquico administrativo, el principio de la obediencia debida, como causa de justificación, cumple una esencial función institucional: posibilitar que el superior jerárquico pueda delegar en un inferior la ejecución de las órdenes que emita, sin involucrarlo en la responsabilidad que pueda resultar del contenido de la orden cuya ejecución ha puesto a su cargo<sup>31 bis</sup>.

Sobre la naturaleza de esta eximente existen opiniones discrepantes, tales como las siguientes:

a) La obediencia a una orden legítima del superior jerárquico -que es la única que el subordinado debe obedecer-, no es otra cosa que una especie de la *justificación* por ejercicio legítimo de un cargo. Por el contrario, la obediencia a la orden del superior de cometer un hecho delictuoso -que el subordinado no tiene el deber de obedecer- no justifica el hecho, sin perjuicio de que la culpabilidad del subordinado se excluya por su error<sup>32</sup>.

b) La obediencia por el subordinado a una orden ilegítima del superior cuya legitimidad no tiene derecho a examinar, *justifica* su hecho, porque la ley le impone un deber específico de obediencia. En este caso, la obediencia

<sup>31</sup> NUÑEZ, I, 412; HERRERA, *La Reforma penal*, N° 268 y 269; Florini, *Manual de derecho administrativo*, 1968, I, p. 571; FIERRO, *La obediencia debida en el ámbito penal y militar* ("Criminalia", México, año XXXV, número 1); ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Ediar, p. 619. Salvo los proyectos de 1891, 1951 y 1974, la previsión independiente de la obediencia debida es una constante en nuestros precedentes. Pero el Proyecto de 1960 la prevé como negativa de la autoría, a pesar de que a ésta la define como participación (material) en la ejecución del delito (art. 27). El proyecto de 1973 la prevé como negativa de responsabilidad, con lo que deja abierta la cuestión relativa a la razón de esa irresponsabilidad.

<sup>31 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 139.

<sup>32</sup> Cfme. con que sólo obliga la orden legítima y que únicamente el error o ignorancia disculpa frente a la orden ilegítima, HERRERA, ob. cit., p. 461. Tribunal Superior de Córdoba, 128-III-969; "J. A.", 1969-III, fallo 1595: "La obediencia que funciona como causa excluyente de la antijuridicidad es la obediencia debida (C. P., art. 34, inc. 5°); a la orden manifiestamente delictuosa hay que desobedecerla porque, en caso de discordancia entre el imperativo de la norma y la orden del superior, hay que obedecer a la ley y no al funcionario superior abusivo". Era la posición originaria de NUÑEZ, expuesta en su *Tratado* (I, 410), en el *Manual* (3ª edición, pág. 202) y en su trabajo *¿Se puede fundar en el error la impunidad por obediencia debida?*, Doctrina Penal 1978, p. 329 y sgtes. En *Las Disposiciones...*, varió, conforme al desarrollo que se insertara en el texto de esta actualización, asignándole autonomía a la obediencia debida. Nada indica, sin embargo, que también modificara su idea relativa a que, de constituir la orden una verdadera amenaza, la exclusión de responsabilidad opera por la vía del art. 34 inc. 2°.

debida queda absorbida por la justificante genérica del cumplimiento de la ley. Cuando el subordinado tiene poder de examen respecto de la orden ilegítima, es *inculpable* si obra por error acerca de su legitimidad<sup>33</sup>.

c) Si lo ordenado es legítimo en sí mismo, nos hallamos en presencia de una causa de justificación que se ampara en el obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. Si, por el contrario, la orden, emitida por autoridad superior, en el círculo de sus atribuciones y en la forma legalmente requerida, es en sí misma ilegítima, la obediencia jerárquica no es otra cosa que un error suscitado por el que manda en el uso de sus atribuciones y en la forma debida, por lo que resulta ese error invencible por el obligado a obedecer. No es una causa de justificación, sino una causa de inculpabilidad<sup>34</sup>.

d) Por regla, es el error sobre la legitimidad de la orden y no la obediencia debida, lo que excluye la responsabilidad del subordinado. Pero, si la orden ha sido impartida en situación excepcional o el subordinado está obligado a cumplirla y no media error ni coacción simple, lo que exime de responsabilidad al ejecutor es la *coacción especial* que en el caso implica la orden del superior<sup>35</sup>.

e) La impunidad por obediencia debida funciona en los casos en que, debiendo el subordinado cumplir la orden sin examen, es puesto por el derecho fuera de toda relación imputativa y la acción se desplaza hacia el superior que impartió la orden jurídicamente inexcusable, al cual, como en el caso de la violencia, le debe ser directamente atribuida dicha acción<sup>36</sup>. Pero este punto de vista desplaza la cuestión de la acción o autoría de su verdadero ámbito, que es el *aspecto fáctico* de la intervención material voluntaria del agente en la ejecución del delito (C. P., 45), y la traslada al campo *puramente jurídico* de la irrefragabilidad de la orden de intervenir en esa ejecución, cuyo examen objetivo corresponde a la cuestión de la legitimidad de la orden, y subjetivamente, en lo que atañe a su destinatario, plantea una cuestión de culpabilidad. La irrefragabilidad de la orden no excluye el hecho de que la conducta del subordinado sea la de un autor por su propio impulso voluntario libre de violencia física (*coactus volit*). No se trata, por consiguiente, del traslado de la acción, sino del traslado de la responsabilidad al superior.

La obediencia debida, como causa de justificación, conduce a una exclusión de responsabilidad penal, que se funda en la distinción entre la función del supe-

<sup>33</sup> SOLER, I, 1ª ed., § 30, V; 2ª ed., § 31, V.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, t. VI, Nos. 1838 y 1846.

<sup>35</sup> FIERRO, ob. cit., cap. III, Nos. 5 y 6.

<sup>36</sup> SOLER, I, 3ª y 4ª eds., § 22, VII; id., *La naturaleza jurídica de la eximente "obediencia debida"* ("Cuartas Jornadas de Derecho Penal", Córdoba, 1976); Proyecto de 1960, art. 27, § 2º. También niega la autoría, FONTÁN BALESTRA, I, 451, y ya antes que SOLER, en *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, 1957, § 5, III, 2 y 5.

rior que ha deliberado la orden y la función del inferior que se ha limitado a su ejecución y que, por consiguiente, carece de la facultad de examinar, rectificar o rechazar lo deliberado por su superior. Esta exclusión presupone la obligación jurídica del inferior de obedecer la decisión del superior en cuanto lo constituye en ejecutor de lo que él ha dispuesto de modo totalmente ajeno a la voluntad del mandatario. La obligación jurídica de obedecer del jerárquicamente subordinado, debe tener su fuente en una orden formalmente legítima emitida por el mandante<sup>37</sup>. Esa legitimidad exige que la orden satisfaga las siguientes condiciones:

a) que entre el que emite la orden y su destinatario medie una vinculación jurídica de naturaleza pública que autorice al primero a expedirla;

b) que la orden llene las formalidades legalmente exigidas para el caso de que se trata.

A diferencia de lo que sucede respecto del fondo de la orden, el destinatario tiene derecho a examinar la forma de la orden y a no convertirse en su ejecutor si falta alguna de las exigencias formales, ya que, entonces, no habrá recibido una orden formalmente legítima que lo obligue a ejecutarla sin responsabilidad por las posibles consecuencias delictuosas de lo mandado por el superior. Excluida la legitimidad formal de la orden, si el inferior jerárquico la ejecuta, a la par del dador de aquélla, también el inferior responde. Es posible, sin embargo, que si por error el inferior ha creído en la legitimidad formal de la orden, no responda delictivamente por ausencia de culpabilidad<sup>38</sup>.

Si la orden es formalmente legítima, el ejecutor sólo responde ante los terceros en caso de enriquecimiento sin causa; si la orden no lo es, el ejecutor responde por las consecuencias ilícitas de la orden<sup>39</sup>.

#### V. Autorizaciones legales<sup>40</sup>

El fundamento material de la antijuridicidad, vale decir, la preponderancia del bien de mayor valor, se manifiesta en ciertos casos en los cuales la ley autoriza al autor a obrar en resguardo del bien más valioso.

La impunidad del aborto eugenésico del artículo 86, inciso 2º, es uno de esos casos de justificación.

<sup>37</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 139. Sin embargo, hay que advertir que, conforme a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.556), de status constitucional (C.N. art. 75 inc. 22, última parte, y ley 24.820, art. 1º), no se admite la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten, la desaparición forzada de personas, en cuyo caso, "el subordinado, tiene el deber de no obedecer". En esa misma línea, el art. 2 inc. 3º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".

<sup>38</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 139 y sgte.

<sup>39</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 140.

<sup>40</sup> NUÑEZ, I, 390.

También lo es la justificación por ejercicio de la actividad *curativa*. El problema de la justificación de los hechos penalmente típicos en razón de la actividad curativa del autor, se refiere a los casos en los cuales, con el propósito de beneficiar su salud o su aspecto, una persona es intervenida quirúrgicamente con malos resultados, mortales o no, por un profesional con título o autorización para ejercer el arte de curar. Entre nosotros, no median-do un estado de necesidad, la justificación de la actividad curativa se ha encontrado, sea en el legítimo ejercicio de un derecho, complementado por el consentimiento del interesado<sup>41</sup>, sea en el cumplimiento de un deber y legítimo ejercicio de un derecho<sup>42</sup>, o en el ejercicio de un cargo<sup>43</sup>.

La actividad curativa autorizada implica el ejercicio de un derecho, en cuanto que el profesional tiene la facultad de ejercerla. Significa el cumplimiento de un deber, en ciertas circunstancias en las cuales el profesional está legalmente obligado a actuar<sup>44</sup>. Pero no son esas características las que dotan de capacidad justificadora a la actividad curativa, sino el hecho de estar *autorizada* por el poder de policía estatal de la salud pública.

Cuando no concurre un estado de necesidad -que justifica incluso la intervención curativa del no profesional- o no se trata de un caso de tratamiento obligatorio<sup>45</sup>, la actividad curativa autorizada sólo justifica si se realiza con el consentimiento expreso o presunto (paciente inconsciente) del interesado o de su representante legal<sup>46</sup>.

La *actividad deportiva* autorizada y consentida por la víctima, practicada con arreglo a las leyes que le son propias, constituye, igualmente, una causa de justificación de las lesiones y muertes causadas en su ejercicio<sup>47</sup>.

## VI. Exceso en los límites de la justificación

El agente que al cometer el hecho excede los límites puestos por la ley, la orden, de la autoridad o la necesidad, es punible con la pena fijada para el delito culposo, si el hecho es imputable a este título (C. P., 35).

<sup>41</sup> FONTÁN BALESTRA, II, § 31, 4.

<sup>42</sup> SOLER, I, § 30, II.

<sup>43</sup> Sobre esta y otras opiniones y la cuestión en general, JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, N° 1450 y ss.

<sup>44</sup> Sucede eso en los casos de epidemia grave, o cuando al llamado del paciente no puede concurrir otro médico (FONTÁN BALESTRA, II, 120).

<sup>45</sup> Ver FONTÁN BALESTRA, II, 121.

<sup>46</sup> NUÑEZ, I, 397; FONTÁN BALESTRA, II, 121.

<sup>47</sup> Sobre la cuestión, FONTÁN BALESTRA, II, § 31, 5, aunque atribuye la impunidad al legítimo ejercicio de un derecho, completado por el consentimiento del interesado. Sobre las razones de esa impunidad según los autores, JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, N° 1469. También, Prebbia, *La responsabilidad en los accidentes deportivos*, Buenos Aires, 1962, y Sisco, *Delitos cometidos en ejercicio del deporte*, Buenos Aires, 1963.

El exceso presupone: 1º) que el autor obre en defensa o por necesidad, o en ejercicio de su derecho, autoridad, cargo o autorización, u obedeciendo una orden, etc.; y 2º) que vaya más allá de lo que le exigía la necesidad, la permitía la ley o la orden.

Se trata de un exceso inintencional en la acción por parte del agente que obedece a la necesidad, a la ley o la autoridad. Si el agente traspasa intencionalmente los límites que le impone la necesidad, la ley o la autoridad, no se encuentra dentro del exceso, sino que obra de manera totalmente injustificada, porque su finalidad legítima ha sido sustituida por un fin ilegítimo. En este caso, no existe sólo un exceso en la acción, sino, también, un exceso en el fin.

El exceso intencional de los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, implica el abandono voluntario de la situación defensiva o necesaria, o del ejercicio legítimo del derecho, autoridad, cargo o autorización, o de lo ordenado por la autoridad. De esta manera, el autor ya no obra en cumplimiento de un fin legítimo, sino de uno ilegítimo, inspirado por la mala intención. Lo que, por el contrario, conduce al agente al exceso del art. 35, es su negligencia o imprudencia o su inobservancia reglamentaria a los deberes de su cargo, que induciéndolo en error acerca de las reales circunstancias del caso, no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales o de la orden superior (*exceso extensivo*)<sup>48</sup>. El art. 35 no dispone el castigo para todo delito que resulte del exceso, sino para los delitos punibles a título de culpa por el Código penal o una ley complementaria, en la forma dispuesta para cada uno de ellos. La menor pena no atiende al menor grado de antijuridicidad del delito cometido por exceso, sino al menor reproche que merece la responsabilidad culposa frente a la dolosa<sup>48 bis</sup>.

<sup>48</sup> BACIGALUPO piensa que la caracterización del exceso como culposo "es impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere". "Por este motivo -agrega- no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo; lo que el autor hace cuando se excede coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató; la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia". (*Fundamentación del concepto del tipo penal en la dogmática argentina*, p. 32, en "Jornadas internacionales de derecho penal", Buenos Aires, 9 al 14 de octubre de 1971, p. 13). Ver, también del mismo autor: *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código penal* ("Nuevo pensamiento penal", año 1, N° 1, 1972, p. 45). Pero, en realidad, el autor, debido al error de apreciación de las circunstancias, producido por su culpa, pensó defenderse u obrar por necesidad, o hacerlo en ejercicio legítimo de su derecho, autoridad o cargo, lo que, evidentemente, no equivale a querer simplemente matar, ya que mientras en este caso nada excluye la conciencia del autor de la criminalidad de su acto homicida, esa conciencia falta en el que delinque en los términos del art. 35. Sobre la cuestión, véase nuestro artículo *A la ley penal no hay que alterarla* (Acerca del art. 35 del C.P.), en "J. A." del 19 de diciembre de 1975. ZAFFARONI, ob. cit., p. 500, considera que el art. 35 se refiere a un caso de disminución de la antijuridicidad. Un caso de exceso en la legítima defensa, mediando un error inculpable, en la sent. del 28/2/991 de la C. 9ª del Crimen de Cba, Semanario Jurídico n° 845, p. 224, con nota de DANIEL P. CARRERA.

<sup>48 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 150.

En el marco del exceso de los límites de la legítima defensa, la doctrina<sup>49</sup> y los tribunales<sup>50</sup> han aceptado el llamado *exceso en la causa*, que no implica que el autor haya excedido los límites que le imponía la necesidad de defenderse de la agresión ilegítima, sino que consiste en que ésta no guarda la debida proporción respecto de la provocación por el agredido. Por justa que sea esta tesis, lo cierto es que el Código penal no la ha receptado. Ninguna disposición le confiere expresamente la categoría de una atenuante en favor del que se defiende de una agresión injusta a la circunstancia de que ésta haya sido provocada suficientemente por él. Por otro lado, la atenuación por "exceso en la causa" tampoco puede surgir del art. 35, pues ella no implica, como lo exige este precepto, tratándose de la legítima defensa, un exceso en los límites impuestos por la necesidad, pues en tanto que el exceso en la causa toma en cuenta la provocación por el agredido y la agresión que desencadena, el exceso en los límites impuestos por la necesidad (*exceso extensivo*) atiende a la relación de la agresión con el medio empleado para evitarla o repelerla<sup>51</sup>. Se trata, en definitiva, de situaciones diferentes: mientras el exceso de los límites impuestos por la necesidad de defenderse niega la existencia de la justificación por defensa, la cuestión del exceso en la causa busca afirmar esa existencia<sup>(51 bis)</sup>.

<sup>49</sup> SOLER, I, §§ 31, XI y 33, II; FONTÁN BALESTRA, II, parágs. 32, VI, 4 y 34, 5, 3, b; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, N° 1323 y 1326, aunque aquí termina admitiendo para el provocador suficiente la "causa genérica y supralegal de inculpabilidad que se denominó *no exigibilidad de otra conducta*"; URE, *El exceso en la causa* ("J. A.", julio 17 de 1968).

<sup>50</sup> Suprema Corte de Buenos Aires, 1-VII-947, La Ley, t. 48, p. 803; Cámara Criminal y Correccional de la Capital, 21-X-941, J. A., t. 76, p. 495.

<sup>51</sup> Haciéndose cargo de la limitación del art. 35 del C.P., el redactor del Proyecto de 1960 agregó en el inc. 2° del art. 17 la frase: "cuando el agente hubiera creado culposamente la situación de peligro".

<sup>51 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 150.

Quinta Parte

**LA CULPABILIDAD**





## Capítulo I

### PRINCIPIOS GENERALES

#### I. *Nulla poena sine culpa*

El Código penal no sigue como regla general el principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*<sup>1</sup>, sino el de *nulla poena sine culpa*. Este principio no está específicamente expresado en el Código penal<sup>2</sup>, pero surge del artículo 34, que libera de pena al autor que en el momento del hecho, al cometerlo, no ha comprendido su criminalidad, o no ha podido dirigir sus acciones (inc. 1º), o no ha gozado de libertad de decisión<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Véase sobre él, CARRARA, *Sul caso fortuito*, Opuscoli, vol. III, 5ª ed., p. 7; PEREDA, *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código penal*, Madrid, 1948; JIMÉNEZ DE ASÚA, VI, p. 1739.

<sup>2</sup> Como lo ha hecho el Proyecto de 1960, art. 18. También se propuso un precepto expreso para el Código penal tipo para Latinoamérica, Rosario, 1968, p. 531.

<sup>3</sup> El art. 4º extiende el principio a las leyes penales especiales que no dispongan lo contrario. Algunas de esas leyes administrativas han dado un gran paso al admitir con amplitud la irresponsabilidad por error (Ley de réditos 11.683 [t. o. 1958], art. 44; Ley de sellos [t. o. 1956], art. 106). Ni la existencia de disposiciones excepcionales de alguna ley especial consagratorias de la responsabilidad objetiva, ni la existencia de lamentables sentencias que la admiten en relación al comunismo (C. S. de la Nación, 21-XII-970, FERNÁNDEZ DE PALACIOS, *El Derecho*, t. 35, fallo 17.377, con plena adhesión de su anotador BIDART CAMPOS), pueden conducir a exageraciones en contra de la vigencia del principio admitido como regla por el C.P. Tampoco pueden tener este efecto los casos de responsabilidad preterintencional y la no admisión del error de derecho. En uno y otro supuesto, no se trata de la admisión de una responsabilidad sin culpabilidad alguna del autor, sino del contenido de la culpabilidad aceptada. Exagera AFTALIÓN, *Acerca de la culpabilidad y el error juris* ("La Ley", t. 87, p. 895). La Corte Suprema ha declarado la buena doctrina, al expresar: "Que la doctrina de Fallos: 254:301 y 266:43, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente. En materia aduanera es de observancia la regla según al cual no puede admitirse la existencia de una responsabilidad penal sin culpa, como lo declaró esta Corte en Fallos: 274:487, considerando 3º" (C. S. de la Nación, 6-X-972, *Fallos*, t. 284, p. 43).

Por lo menos entre nosotros, también debe considerarse superada la idea, tan pujante entre nuestros juristas en la época de la sanción del Código penal, de fundar la responsabilidad del autor de un delito en su *peligrosidad delictiva*<sup>4</sup>.

A través de la admisión de la culpabilidad como presupuesto de la pena, el derecho penal le reconoce al delincuente la categoría de persona, esto es, la categoría de un ser capaz de conducirse racionalmente, cuya responsabilidad jurídica no descansa en la sola naturaleza lesiva de su comportamiento (*responsabilidad por el resultado*), sino, en su actitud espiritual al portarse de esa manera (*responsabilidad por la culpabilidad*).

Esa actitud espiritual no corresponde a la de un inmoral, ni a la de un pecador, sino a la de un delincuente. No se trata, en efecto, de la actitud del individuo que ha quebrantado una regla de rectitud consigo mismo o con un ser supremo, sino de su actitud frente al quebrantamiento del derecho positivo.

La regla "no hay pena sin culpabilidad", lógicamente presupone que el hombre goza del libre albedrío y de la conciencia que le permiten elegir valorativamente<sup>4bis</sup>.

Si bien no es posible afirmar que al cometer el delito el autor pudo realmente determinarse de manera distinta, la experiencia permite sostener que otros individuos, utilizando su conciencia y voluntad, se han conducido de modo distinto en casos semejantes<sup>5</sup>.

El principio *nulla poena sine culpa* ha adquirido categoría constitucional en virtud de la garantía para la libertad civil que significa la cláusula del artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Tanto la obligación como la prohibición excluyen la responsabilidad objetiva y exigen la responsabilidad fundada subjetivamente.

## II. *Desenvolvimiento de la teoría de la culpabilidad*<sup>6</sup>

En las exposiciones sistemáticas sobre la culpabilidad pueden señalarse tres teorías principales, relacionadas con los distintos conceptos de la ac-

<sup>4</sup> Sobre ella, JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Estado peligroso*, Madrid, 1922. En contra, SOLER, *Exposición y crítica del estado peligroso* (2ª ed.), Buenos Aires, 1929.

<sup>4 bis</sup> Cfse. ZAFFARONI, *Teoría del delito* cit., p. 525.

<sup>5</sup> Sobre la cuestión, véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner*, Teil Berlín, 1969, p. 237; MEZGER, *Libro de estudio*, I, § 53; WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., § 20.

<sup>6</sup> NUÑEZ, II, 17; id., *Bosquejo de la culpabilidad (introducción a la Concepción normativa de la culpabilidad)*, de JAMES GOLDSCHMIDT, Depalma, Buenos Aires, 1943; JIMÉNEZ DE ASÚA, V, nº 1506 y ss. y 1514 y ss.; FRÍAS CABALLERO, *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad en el Código penal*, Buenos Aires, 1946, Cap. I, § 2; FONTÁN BALESTRA, II, § 37, 2.

ción. De la sencilla concepción psicológica de la culpabilidad (RADBRUCH, v. LISZT), se pasó a la concepción normativa (FRANK, GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER) y después como una evolución purificadora de ésta, a la concepción finalista (WELZEL).

Para la *teoría psicológica* la culpabilidad consiste y se agota en la relación de conocimiento o de posibilidad de conocimiento entre el delincuente y su hecho<sup>7</sup>. La *culpabilidad* es un concepto genérico, cuyas especies, que agotan su contenido, son el dolo y la culpa. Estas especies de culpabilidad presuponen la imputabilidad del autor y son excluidas por la ignorancia, el error y la coacción (KOHLEAUCHS). En contra del sicologismo, entre otras objeciones<sup>8</sup>, se ha dicho que en la culpa inconsciente no se da la relación síquica mencionada, pues, en ella, la posibilidad del resultado delictivo no es advertida por el autor. Esto condujo a negar que la culpa inconsciente fuera una forma de culpabilidad. Pero, ni siquiera cuando por falta de precaución no se prevé que se puede delinquir (*culpa inconsciente*), desaparece la *posibilidad* de conocer el resultado delictivo.

Para la *concepción normativa*, la culpabilidad es un juicio de valor: no es dolo o culpa, sino que es la *reprochabilidad* de su conducta antijurídica al autor en razón de que le era exigible otra conducta distinta. El juicio de *reprochabilidad* se funda en la libertad del autor para obrar (libertad interna: *imputabilidad*; libertad externa, *normalidad de las circunstancias concomitantes*), en el fin perseguido por él y en el conocimiento del significado de su conducta (*dolo*), o en la posibilidad de conocerlo (*culpa*). De esta manera, el *dolo* y la *culpa* sólo representan, alternativamente, un elemento del juicio de culpabilidad; y la *no exigibilidad de otra conducta*, incluso por causas de inculpabilidad no previstas por la ley (*causas supraleales*), tiene el carácter de una causa general de exclusión de la culpabilidad<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> SOLER, II (3ª y 4ª ed.), § 34. IV, y en su artículo *Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, Madrid, 1962, niega la exactitud de esta clasificación, porque, según dice, la culpabilidad, que exige la comprensión de la criminalidad del acto (art. 34, inc. 1º), no implica la referencia síquica al hecho despojado de toda valoración sino al hecho valorizado jurídicamente como ilícito. Pero, luego, al reducir el poder excusador al error de hecho, no se muestra congruente con esa afirmación.

<sup>8</sup> Ver NUÑEZ, II, 18.

<sup>9</sup> Ver FRANK, *Estructura del concepto de culpabilidad*, versión castellana de SEBASTIÁN SOLER, Universidad de Chile, 1966; íd., *Das Strafgesetzbuch*, 18ª ed., 1931, p. 136; MEZGER, *La culpabilidad en el moderno derecho penal*, Universidad Valladolid, 1956, p. 13; íd., *Tratado*, II, § 35, I; WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., § 19, III. Sobre la posición particular de JAMES GOLDSCHMIDT, ver su *Concepción normativa de la culpabilidad* cit. (sobre ella, TERÁN LOMAS, *La Ley*, t. 37, p. 924) y nuestro bosquejo introductorio, N° XII y ss. Ver, con sentido crítico, SOLER, *Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, Madrid, 1962 [separado del "Anuario de derecho penal y ciencias penales", 1962, p. 477]. También MAURACH, II, § 30, II, B ("Comprende -en una oscura y contradictoria sucesión- los procesos psicológicos cuya valoración integra la culpabilidad y, a su vez, el proceso de valoración mismo").

La *concepción finalista* purifica el normativismo excluyendo del ámbito de la culpabilidad los elementos subjetivos, que pasan a integrar la acción. Liberada así la culpabilidad de su base psicológica, conserva como único contenido la *reprochabilidad*, cuyas premisas son la imputabilidad del autor (su capacidad síquica de motivarse de acuerdo a la norma) y su posibilidad de comprender lo injusto<sup>10</sup>. Esta concepción desconoce que a la culpabilidad debe pertenecer el soporte humano de la responsabilidad, que no reside en un juicio de reprochabilidad que no realiza el autor, sino en el comportamiento anímico de éste, que es lo reprochable.

<sup>10</sup> WELZEL, ob. cit., § 19, III, IV; JESCHECK, Lehrbuch, ed. 1969 cit., p. 277.

## Capítulo II

### TEORÍA LEGAL DE LA CULPABILIDAD

#### I. Concepto

Con arreglo al Código penal, la *culpabilidad* es la actitud anímica jurídicamente reproachable<sup>1</sup> del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico. El reproche se funda: a) en la capacidad del autor para comportarse con arreglo a las exigencias del derecho penal (*imputabilidad*); b) en la conciencia del autor del significado de lo que hace y su voluntad de hacerlo (*dolo*) o en su falta de precaución (*culpa*), y c) en su libertad de decisión (*inexistencia de coacción*).

El Código penal vincula la culpabilidad a un delito determinado. Por un lado, el artículo 34, inciso 1º, alude a la comprensión de la criminalidad del acto, y por otro, los artículos de la Parte especial refieren la culpa a la causación del hecho de que se trata. Es, por consiguiente, una culpabilidad por el hecho cometido y no una “culpabilidad de autor”, sea por su carácter, sea por su peligrosidad criminal, sea por su vida mal orientada (la llamada *culpabilidad por la conducta de la vida*).

#### II. Imputabilidad<sup>2</sup>

La imputabilidad es la capacidad para ser penalmente culpable. Esta capacidad presupone madurez, salud mental y conciencia, en una medida que habiliten al autor para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (C. C., art. 34, inc. 1º). Es un criterio bio-sicológico.

La imputabilidad debe existir en el momento del hecho<sup>2 bis</sup>. Ese momento no es el del resultado, sino el del comportamiento delictivo. Esto se ve claro en la llamada *actio libera in causa*: el autor que al producirse el resultado delictivo estaba en estado de inimputabilidad, responde penalmente si, en el

<sup>1</sup> “La culpabilidad es una actitud subjetiva reproachable, pero no el reproche de una actitud subjetiva” (FONTÁN BALESTRA, II, 221).

<sup>2</sup> NÚÑEZ, II, 24; WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., § 21, 2, 3 y 4.

<sup>2 bis</sup> C. Ac. Cba., A.I. n° 74, 13/8/987, MANDELLI, ob. cit., T. II, p. 107, caso n° 1236.

momento del comportamiento, activo u omisivo, gozaba de capacidad<sup>3</sup>. Esto sucede con frecuencia en los delitos culposos<sup>4</sup>.

### 1. Presupuestos biológicos

#### A. MADUREZ MENTAL<sup>5</sup>

La madurez mental es el desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto ejecutado y dirigir las propias acciones. Esa madurez se alcanza a los dieciseis años de edad (Ley 22.803, art. 1º), cualquiera que sea el sexo del autor. Hasta el momento en que la persona cumple esa edad, es absolutamente incapaz. Esta incapacidad es absoluta, porque no depende, como en los otros casos de inimputabilidad, de la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las acciones en el caso concreto, sino que se presume *juris et de jure*. No es necesario, por consiguiente, someter al menor a un proceso para comprobar su incapacidad.

No es inimputable el menor entre 16 y 18 años no punible en relación a delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de 2 años, con multa o con inhabilitación (art. 1º, primer párrafo, segunda parte, ley 22.278, modificada por ley 22.803). La exención de pena, en este supuesto, obedece a puras razones de política legislativa<sup>5 bis</sup>.

#### B. SALUD MENTAL<sup>6</sup>

Con arreglo a la fórmula negativa del artículo 34, inciso 1º, del Código penal, el autor del delito goza de *salud mental* si no padece una "insuficiencia de sus facultades" o una "alteración morbosa de las mismas". Ambas son enfermedades de la mente. El concepto de *enfermedad mental* elaborado sobre la idea natural de ella, restringió su alcance, en cuanto la *alteración*

<sup>3</sup> Sobre la *actio libera in causa*, ver NUÑEZ, II, 27; *id.*, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, 317; *id.*, *Síntesis de observaciones formuladas y modificaciones propuestas al Proyecto del Poder ejecutivo, año 1960*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1962, p. 40.

<sup>4</sup> Ver C. Crim. Cap., Sala 3ª, 2-VIII-1968, J. A., 1968, V, fallo 16.076.

<sup>5</sup> NUÑEZ, II, 32 y 549; SOLER, II, § 37.

<sup>5 bis</sup> Véase en la Duodécima Parte, el Derecho Penal y Correccional de Menores.

<sup>6</sup> CABELLO, *El Concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina* ("La Ley", t. 123, y p. 197); *id.*, *Concepto de alienación mental - Su insolvencia técnica y doctrinaria en la legislación civil argentina* ("La Ley", t. 122, p. 1162); *id.*, *Elementos psiquiátricos de la imputabilidad* ("Revista de derecho penal y criminología", N° 3, 1969, p. 347); *id.*, *Impulsividad criminal* ("La Ley", t. 119, p. 1255); FONTÁN BALESTRA-CABELLO, *Imputabilidad jurídica* ("Revista" cit., N° 1, 1968, p. 83); ALMEYRA (II.), *Imputabilidad y personalidad psicopática* ("Revista" cit., N° 3, 1969, p. 389).

*morbosa* se equiparó a “alineación mental” o trastorno sicopatológico de la esfera intelectual (sicosis)<sup>7</sup>. La psiquiatría -a la que corresponde la decisión -partiendo ahora de la unidad de la mente humana, ha ampliado la noción de la enfermedad mental a los trastornos de otra índole, particularmente afectivos, y comprende en el concepto las neurosis y las personalidades psicopáticas (“semialineación”)<sup>8</sup>.

La *insuficiencia de las facultades (oligofrenia)* es la detención, preferentemente intelectual, del desarrollo síquico del individuo (idiotia, imbecilidad, debilidad mental). La sordomudez puede representar un caso de insuficiencia de las facultades.

La alteración morbosa de las facultades, su insuficiencia y el estado de inconsciencia constituyen causas de *inimputabilidad*, si excluyen la posibilidad de que el autor comprenda la criminalidad del acto o dirija sus acciones (art. 34, inc. 1º) (*infra*, N° 2). El trastorno mental (alteración morbosa), puede ser transitorio<sup>9</sup>.

### C. CONCIENCIA

La *conciencia*, como característica de la capacidad delictiva, es la cualidad psicológica que tiene el individuo de conocer y valorar sus propios estados, ideas, sentimientos, voliciones, etc., o algo exterior.

El *estado de inconsciencia* constituye una causa de inimputabilidad, si alcanza el efecto psicológico a que se refiere el inciso 1º del artículo 34 (*infra*, letra D.). No se refiere a la exclusión de la conciencia por enfermedad mental (causa morbosa), sino a la producida por una causa fisiológica. Son causas de esta especie, entre otras, el sueño, el estado de hipnosis, el mandato post-hipnótico y los estados afectivos en su grado más profundo.

La ley no exige la pérdida absoluta de la conciencia. Si esto sucede, falta la acción, porque la acción supone un mínimo de participación anímica del sujeto. El estado de inconsciencia exige, empero, una perturbación profunda o en alto grado de la conciencia.

El estado de inconsciencia *no le debe ser imputable al autor* que lo padece. Le es imputable si voluntaria o culposamente llegó a él. Pero la imputación del estado de inconsciencia al autor del delito no produce de por sí su plena responsabilidad penal, sino que ésta se rige con arreglo al principio de

<sup>7</sup> ROJAS, *Medicina Legal*, 7ª ed., 1959, Buenos Aires, p. 377; CABELLO, *Concepto de alienación mental* cit.

<sup>8</sup> Lo han aceptado los tribunales; Cám. N. Crim. y Correc., sala II, 24-II-967, *La Ley*, t. 126, fallo 57.901. Véase DANIEL P. CARRERA, *Personalidades psicopáticas: imputabilidad*, nota a la sentencia del 25/8/989 de la Cámara 9ª del Crimen de Cba, *Semanario Jurídico* n° 771, p. 14; también, FRIAS CABALLERO, *Personalidades psicopáticas e imputabilidad*, *Doctrina Penal* 1992-A, 17 y sgtes.

<sup>9</sup> Es la opinión prevaleciente (FONTÁN BALESTRA, III, § 58, 5 b).



la *actio libera in causa*, que plantea una cuestión de causalidad y no de tipicidad delictiva<sup>9 bis</sup>. Vale decir, el autor responde con arreglo a la conciencia y voluntad delictivas o a la culpa que tuvo en el momento de producirse su estado de inconsciencia. Si el autor preordenó ese estado para delinquir o asintió la probabilidad concreta de cometer el delito, responde a título de dolo; si por el contrario, sólo se le puede atribuir culpa respecto de la producción del hecho, responderá a ese título cuando el delito sea imputable de esa manera<sup>10</sup>. Con arreglo a esto, debe considerarse errónea la jurisprudencia que considera que el delito de sangre cometido en estado de ebriedad completa y voluntaria, es siempre doloso<sup>11</sup>.

## 2. Presupuesto psicológico<sup>12</sup>

La imputabilidad no presupone sólo que el autor del delito goce de salud mental y de conciencia, sino que demanda que las posea en una medida tal que, en el momento del hecho, *tenga la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones* (art. 34, inc. 1º)<sup>12 bis</sup>. Se trata de un sistema mixto bio-psicológico, que asienta la capacidad delictiva en un grado de salud mental y conciencia que le permita al autor conducirse en el caso concreto en la forma señalada.

La *posibilidad de comprender la criminalidad del acto* no equivale, en el art. 34, inc. 1º, a la posibilidad de comprender que la ley penal castiga el acto. Por una parte, este conocimiento se presume, ya que nadie, salvo que la ley autorice expresamente la excepción, puede excusarse por su ignorancia al respecto (C. C., 20)<sup>13</sup>; y por otra, el Código penal únicamente admite el error o la ignorancia de hecho (art. 34, inc. 1º). Tampoco aquella fórmula equivale a la posibilidad de comprender la antijuridicidad del acto, entendida ésta como la oposición del acto al derecho positivo. Este es un concepto pertene-

<sup>9 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 116, nota al pie n° 224. Véase la sentencia del 21/3/1990 de la C. 4ª del Crimen de Cba, *Semanario Jurídico* n° 803, p. 6, con nota de DANIEL P. CARRERA, *Actio libera in causa: conducta culposa precedente*.

<sup>10</sup> Ver nuestras observaciones al art. 26 en *Síntesis de observaciones formuladas y modificaciones propuestas en la encuesta realizada sobre el proyecto de Código penal del Poder Ejecutivo*, Año 1960 cit., p. 40.

<sup>11</sup> Ver NUÑEZ, II, 41, nota 85; TERÁN LOMAS, *La Ley*, t. 128, nota al fallo 59.005, y Cám. Nac. Apel. Crim. y Correc. de la Cap., 13-VIII-964, *Fallos Plenarios*, t. II, p. 64.

<sup>12</sup> NUÑEZ, II, 34.

<sup>12 bis</sup> Sobre el origen del precepto, véase ZAFFARONI, *Teoría del delito* cit., ps. 151 y ss.

<sup>13</sup> Según BACIGALUPO, si el art. 20 fuera aplicable en todo el ámbito jurídico, habría que aceptar, también que el art. 16 del C.C., que establece la analogía, rige en materia penal (*Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código penal*, p. 54 "Nuevo pensamiento penal", año 1, N° , 1972, p. 45). Pero la afirmación no puede prosperar por dos razones: 1º) la de que el art. 16 se refiere a "una cuestión civil"; 2º) la de que el art. 18 de la C.N., ley suprema respecto de la cuestión, prohíbe la analogía en material penal.

ciente al mundo de las normas jurídicas vigentes, que es la consecuencia de la criminalidad del acto, que es un concepto social.

La *posibilidad de comprender la criminalidad del acto* se refiere a la posibilidad del autor de saber lo que hace y comprender el significado social de ello: la criminalidad del acto alude a su dañosidad para un interés ajeno, individual o general, por implicar una indebida interferencia violenta, fraudulenta, arbitraria, intemperante o negligente con relación a un tercero o a la comunidad<sup>13 bis</sup>. De esta manera, la criminalidad del acto se conecta, cómo presupuesto sociológico al tipo delictivo y a la antijuridicidad del hecho tipificado por la ley penal<sup>13 ter</sup>.

Entendida así la *criminalidad del acto*, su comprensión por el autor resulta coherente con el inciso 1º del artículo 34 del Código penal, que únicamente admite el error de hecho. Si fuera exacto como algunos autores sostienen, que la criminalidad del acto equivale a su antijuridicidad<sup>14</sup>, el inciso 1º sería contradictorio, ya que a la par que, a *contrario sensu*, demandaría que el autor para ser punible debería comprender la criminalidad del acto, limitaría la impunidad por error o ignorancia al aspecto fáctico, negándole eficacia, precisamente, al error o ignorancia sobre el aspecto que el agente debería comprender para ser punible.

La posibilidad de comprender la criminalidad del acto en el momento del hecho, no basta para que el autor sea imputable o capaz penalmente. Para ello, es necesario, además, que en ese momento el autor tenga la *posibilidad de dirigir sus acciones*. Lo que equivale a decir que el autor, al cometer el hecho, debe tener la posibilidad de gobernar su conducta con arreglo al sentido de su comprensión del acto que ejecuta. Se trata de una situación resultante del estado mental del autor, lo que supone que éste ha accionado porque su obrar o no obrar ha obedecido a su voluntad, aunque viciosa, de hacerlo: la persona se ha autodeterminado aunque de modo psíquicamente anormal<sup>14 bis</sup>. Si esto sucede, el autor es inimputable aunque haya comprendido la criminalidad del acto<sup>15</sup>. Esta falla del elemento volitivo, sin defecto del intelectual, suele producirse en los individuos inconscientes por embriaguez y en aquellos que, como los afectados por sicopatías, neurosis o perturbaciones

<sup>13 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 118.

<sup>13 ter</sup> Véase el excelente trabajo de CABALLERO, *El significado de la comprensión de la criminalidad del acto en el derecho penal argentino* ("Cuadernos de los Institutos", N° 126, Univ. Nac. de Córdoba, 1975, p. 9).

<sup>14</sup> SOLER, *Culpabilidad real y culpabilidad* cit.; id., *Derecho penal argentino*, 4ª ed., t. II, § 34; Lucio Eduardo HERRERA, *El error en materia penal*, Buenos Aires, 1971, ps. 112 y 113.

<sup>14 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 118.

<sup>15</sup> Esto ha sido aceptado por los tribunales: C. Fed. La Plata, Sala II, 25-XI-969, *El Derecho*, t. 37, fallo 17.951; C. N. Crim. y Correc., Sala V, 19-II-971, *El Derecho*, t. 37, fallo 17.951.

impulsivas, están totalmente dominados por un estímulo morboso hacia el delito.

La insuficiencia o la alteración morbosa de las facultades y el estado de inconsciencia excluyentes de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las propias acciones con arreglo a esa comprensión, constituyen *causas de inimputabilidad*<sup>16</sup>. Quien, ya sea por insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de ellas, sólo padece una *disminución* de su capacidad para comprender la criminalidad del acto o para dirigir sus acciones (*imputabilidad disminuida*), no es considerado inimputable por el Código penal; ni es acreedor a una atenuación de la pena, como, por el contrario, lo dispone el Proyecto de 1960, artículo 25<sup>17</sup>. Ante el silencio de la ley, se ha considerado que en razón de la peligrosidad del autor esos casos merecen un agravamiento de la pena<sup>18</sup>. Esta no parece, empero, una feliz utilización del silencio de la ley, porque la disminución de la capacidad de comprensión no le es imputable a quien la padece<sup>18 bis</sup>.

### 3. Efectos de la inimputabilidad

La apreciación de la imputabilidad es una cuestión jurídica que debe resolver el juez con la ayuda de peritos siquiátras y sicólogos<sup>19</sup>.

Sobre los efectos de la inmadurez mental, *supra*, Cap. II, ap. II, letra A. La falta de salud mental o de conciencia en la medida requerida por el artículo 34, inciso 1º, excluye la pena.

En caso de enajenación mental, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás (art. 34, inc. 1º, § 1º)<sup>20</sup>. En los demás casos en que se absolviese a un procesado por las causales del artículo 34, inciso 1º, § 1º, el tribunal ordenará la reclusión en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieran peligroso (art. 34, inc. 1º, § 3º)<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Tribunal Superior de Córdoba, sala Penal, 11-XI-969, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 3 de marzo de 1970.

<sup>17</sup> Ver su nota. También los proyectos de 1973 (art. 25, 87 y 88) y 1974 (art. 6).

<sup>18</sup> Ver NUÑEZ, *La culpabilidad en el Código penal*, p. 44; C. S. de la Nación, Fallos, t. 196, p. 625.

<sup>18 bis</sup> C. 7ª del Crimen de Cba., 14/V/985, *Semanario Jurídico* n° 560, 22/VIII/985, p. 6, con nota de NUÑEZ: *El hecho diverso y otras cuestiones*; también, LAJE ANAYA, *Imputabilidad disminuida*, *Semanario Jurídico* n° 995, 28/VIII/994, p. 57 y sgtes.

<sup>19</sup> Sobre la cuestión, ver NUÑEZ, *La Ley*, t. 79, p. 70.

<sup>20</sup> Ver NUÑEZ, *La culpabilidad* cit., p. 93. En sentido crítico, Julio HERRERA, *Conferencias*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 1922, p. 40.

<sup>21</sup> Ver NUÑEZ, ob. cit., p. 95. En sentido crítico, Julio HERRERA, ob. y lug. cit.

### III. Formas de la relación síquica

El autor de un hecho penalmente típico y antijurídico puede ser culpable, con arreglo al Código penal, en dos formas distintas, a saber: por dolo o por culpa. La culpabilidad dolosa es más grave que la culposa.

La responsabilidad *preterintencional* no representa una tercera forma, sino que consiste en la atribución al autor culpable por dolo, de un resultado que, siendo presumible, excede su fin delictivo, y cuya atribución al autor no representa una tercera forma de vinculación síquica, distinta del dolo y de la culpa. (C.P., 81, inc. 1º, apartado b,)<sup>22</sup>.

#### 1. Dolo

##### A. CONCEPTO

El Código penal no define el dolo de manera expresa<sup>23</sup>, pero el inciso 1º del artículo 34 proporciona la base legal para elaborar su teoría, como reverso del error o ignorancia de hecho excluyente de la comprensión, por parte del autor, de la criminalidad del acto o de la dirección de su acción<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> NUÑEZ, II, 44; JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, Nº 1676.

<sup>23</sup> Lo hacen, por el contrario, el Proyecto de 1960, art. 191 y el Proyecto PECO, art. 7, § I.

<sup>24</sup> Ver respecto a que el inc. 1º del art. 34 representa la base legal de la teoría del dolo, Niñez, II, 47 y los autores allí citados. Además, FONTÁN BALESTRA, II, § 38, 10; LUCIO EDUARDO HERRERA, *El error en materia penal* cit., p. 112. TERÁN LOMAS, *Cuartas Jornadas de Derecho Penal*, Univ. Nac. de Córdoba, 1976, p. 15, Nº 4. Por el contrario, BACIGALUPO no cree que el concepto del dolo deba extraerse del art. 34, inc. 1º, sino de la función que a su respecto y en relación al error tiene el tipo como objeto de ambos (*Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina* ["Jornadas internacionales de Derecho Penal", Buenos Aires, 1971, p. 13]). Esta tesis parte de la idea de la aplicabilidad al C.P., de la dogmática fundada en el concepto del tipo extraído del § 59 del C.P. alemán. Empero, toda esta construcción, desenvuelta con ideas alemanas y tendiente a satisfacer la posición finalista del autor, en lo que respecta al C.P. argentino cae en el vacío tan pronto como se advierte que mientras el inc. 1º del art. 34 proporciona las bases para estructurar no sólo la teoría de la imputabilidad o capacidad penal, sino, también, la del dolo y la del error, el C. alemán regula la imputabilidad en el § 51 y en el § 59 da las bases para la teoría del dolo y la del error. El desvío de BACIGALUPO se evidencia cuando, olvidando que el texto del inc. 1º del art. 34 no es idéntico al del § 51 alemán, sostiene que aquél, como éste, se limita, según lo sostiene la doctrina alemana, a regular la capacidad delictiva, sin proporcionar fundamentos para estructurar la teoría del dolo. Lo que, evidentemente, no es exacto, según se puede ver comparando ambos preceptos.

*Parágrafo 51 del C. alemán*: "No existe acción punible si el autor en el momento del hecho, a causa de perturbación de la conciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu o debilidad mental, es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de obrar según esta comprensión".

Art. 34: "No son punibles: 1º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, *error o ignorancia* de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

El *dolo* tiene, por lo tanto, un doble contenido. El *elemento intelectual* del dolo está constituido por la comprensión o conocimiento de la criminalidad del acto ejecutado, vale decir, por el conocimiento del hecho y de las circunstancias que fundamentan el tipo delictivo y su antijuridicidad. A pesar de que el inciso 1º del artículo 34, para caracterizar la imputabilidad únicamente exige que el autor *haya podido* comprender la criminalidad del acto (mera posibilidad), cuando se trata del *dolo*, que representa el reverso del error y de la ignorancia, esa posibilidad se transforma en comprensión o conocimiento efectivo, ya que si no fuera así, el autor ignoraría la criminalidad del acto o estaría en error a su respecto<sup>25</sup>. El *elemento volitivo* del dolo consiste en el querer, por el autor, el acto cuya criminalidad conoce. Por lo tanto, el elemento volitivo del dolo presupone su elemento intelectual.

El autor quiere el hecho:

a) si tiene la intención directa de ejecutarlo (*dolo directo*);

b) si tiene la intención indirecta de ejecutarlo (resultado necesariamente ligado al efecto querido) (*dolo indirecto*);

c) si asiente la realización del hecho que prevé como probable (menosprecio de la consecuencia probable) (*dolo eventual*)<sup>26</sup>. No se puede decir que el autor haya aceptado la eventualidad de delinquir porque se haya representado

Lo subrayado en el texto argentino, que es lo olvidado por BACIGALUPO, a la par que diferencia ambos preceptos, hace que el neutro, además de regular la capacidad delictiva como el alemán, regule por su referencia al error y a la ignorancia, la teoría del dolo.

Para que quepan menos dudas acerca de la inaplicabilidad de la dogmática alemana respecto del dolo, desenvuelta sobre la base de la vinculación que el § 59 hace del dolo y del error con el tipo, conviene recordar que según este párrafo:

"Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho pertenecientes al tipo legal o que elevan la punibilidad, no le serán imputables estas circunstancias".

Resulta claro que mientras el inc. 1º del art. 34, refiere el dolo y el error a la *criminalidad del acto y a la dirección de las propias acciones*, el § 69 los refiere a las *circunstancias de hecho pertenecientes al tipo legal o que elevan la punibilidad*. Esto debe, necesariamente, diferenciar la teoría del dolo propia de uno y otro precepto. Toda la bien razonada construcción de BACIGALUPO podría ser exacta si fuera exacta la identidad del inciso argentino y del párrafo alemán. Pero, como esto no sucede, resulta inútil discutir esta construcción en sus particularidades y consecuencias respecto de nuestro derecho. Véase nuestro artículo *A la ley penal no hay que alterarla* cit.

<sup>25</sup> No advierte esto la observación que nos hace BACIGALUPO, sobre que el inc. 1º del art. 34 sólo requiere posibilidad del conocimiento de la criminalidad del acto como contenido de la culpabilidad (ob. cit., p. 23).

<sup>26</sup> Más detalles en NUÑEZ, II, ps. 57 y 58. En *Las Disposiciones* cit., p. 123, NUÑEZ caracteriza al dolo directo como el querer directo del efecto que la conducta del autor es capaz de producir; al dolo indirecto, como el querer directo de un efecto que seguramente producirá el resultado delictivo, y al dolo eventual, como el querer un efecto, despreciando la probabilidad de ocasionar el efecto delictivo.

la posibilidad de que eso ocurra, desde que a lo posible que es lo corriente frente al futuro, razonablemente no se le puede atribuir un constante impulso decisivo<sup>26 bis</sup>.

#### B. DOLO ESPECÍFICO

A veces el tipo delictivo exige como elemento subjetivo especial del delito, un conocimiento o una intención especial (*dolo específico o elemento subjetivo del tipo*). Esta especialización del dolo excluye la imputación del mismo delito a título de culpa o, cuando consiste en una intención especial, la imputación a título de dolo eventual.

#### C. MOMENTO DEL DOLO

El dolo debe existir en el momento del hecho. No hay dolo *antecedens* ni dolo *subsequens*<sup>27</sup>. Ese momento es el del comportamiento delictivo y no el del resultado, si ambos no coinciden temporalmente<sup>28</sup>.

#### D. EL DOLO NO SE PRESUME

El Código penal no acepta el principio de la presunción del dolo. Su existencia, como la de los otros presupuestos de la pena, depende de las pruebas de la causa<sup>29</sup>.

#### E. EL ERROR Y LA IGNORANCIA COMO CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DOLO<sup>30</sup>

##### a. Evolución de la teoría del error

El error y la ignorancia de hecho (C.P., 34, inc. 1º) excluyen el dolo, porque, implicando, respectivamente, la falsa noción o la falta de noción del

<sup>26 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 123 y nota al pie n° 238: "El conductor de un vehículo puede y debe representarse la posibilidad de sufrir un accidente porque tal representación hace al acervo del correcto conductor, pero no por eso se lo puede responsabilizar por dolo eventual si no desistió de su paseo y sufrió un accidente".

<sup>27</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, 27-XII-949, Fallos, t. VII, p. 113: "No incurre en encubrimiento el comprador de buena fe que ya se había desprendido del objeto cuando tuvo conocimiento del origen ilícito del mismo".

<sup>28</sup> Más detalles en NUÑEZ, II, 66.

<sup>29</sup> Ver NUÑEZ, II, 66.

<sup>30</sup> Aunque referidos a la exclusión de la culpabilidad, NUÑEZ, II, 94, SOLER, II, § 40; FONTÁN BALESTRA, II, § 41; JIMÉNEZ DE ASÚA, VI, Cap. XVII y XVIII; HERRERA, *El error en materia penal*, Buenos Aires, 1971; TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativos*, Buenos Aires, 1964; ORGAZ, *La Culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, 1970, p. 74; TERÁN LOMAS, ob. cit., p. 20, N° 8.

autor respecto del hecho cometido<sup>31</sup>, eliminan su comprensión de la criminalidad del acto, porque le impiden saber lo que hace. A los fines de su consideración jurídica, el tratamiento de la *ignorancia* va involucrado en el del error, porque en lo que atañe a la exclusión del elemento intelectual del dolo, la falta de noción equivale a la noción falsa.

b. *El Principio "Error Iuris Nocet"*

Se ha discutido y se discute si el *error de hecho* (*error facti*) y no el *error de derecho* (*error iuris*), elimina la culpabilidad penal si no le es imputable al autor. La evolución de la legislación, doctrina y jurisprudencia se ha producido en el sentido de restringir cada vez más el principio *error iuris nocet*.

Tradicionalmente se hablaba de error sobre los hechos configurativos del delito (*error de hecho*)<sup>32</sup> y de error sobre la calificación o regulación jurídico-penal de esos hechos (*error de derecho en sentido amplio*)<sup>33</sup>. Luego se distinguió el error de hecho en el sentido señalado, el error sobre una ley distinta de la penal que le sirve de fundamento a ésta (*error de derecho extrapenal*)<sup>33 bis</sup> y el error sobre la existencia de la ley penal (*error de derecho penal*)<sup>34</sup>. Modernamente, el error de hecho y el error de derecho extrapenal pasaron a configurar el *error sobre el tipo delitivo*, vale decir, el error que recae sobre un elemento objetivo del tipo, sea fáctico (antiguo error de hecho) o normativo (antiguo error de derecho extrapenal). Frente al error de tipo se distinguió el *error sobre la prohibición penal del hecho*.

En la primera etapa (*error de hecho y error de derecho en sentido amplio*) sólo excusaba el primero. En la segunda (*error de hecho, error de derecho extrapenal y error de derecho penal*), producían ese efecto los dos primeros. En la tercera (*error sobre el tipo y error de prohibición*) excusa el primero y respecto del segundo se admite cada vez más su eficacia exculpatória.

Bajo el rubro de "conocimiento por el autor de la *antijuridicidad* del hecho y de la eliminación de ese conocimiento por el error", los autores alemanes han expuesto dos puntos de vista distintos acerca del *conocimiento por el autor de la prohibición penal del hecho* y de la *eficacia del error a su respecto*.

<sup>31</sup> "En error habría incurrido el jinete que cruzó el lago Constanza helado creyendo que era una llanura nevada; ignorancia sería la del individuo que caminaba hacia el campo minado, sin saber que lo estaba" (TOZZINI, ob. cit., p. 47).

<sup>32</sup> El autor cree que no mata un hombre, sino un perro; o que la cosa de la que se apropia no es la del vecino, sino la suya.

<sup>33</sup> El autor cree que la cosa de la cual se apodera es suya por la ley, o que se apodera legítimamente de ella; o cree que el apoderamiento de la cosa ajena no está prohibido o castigado.

<sup>33 bis</sup> El autor del hurto cree que la ley civil le atribuye la propiedad de la cosa o que lo autoriza a apoderarse de ella.

<sup>34</sup> El autor cree que el aborto no está prohibido por la ley penal.

Según la *teoría del dolo*, que suele denominarse teoría tradicional, el conocimiento de la antijuridicidad integra el dolo, y el error evitable sobre la prohibición, por más grave e imperdonable que sea, excluye el dolo y la culpabilidad, salvo respecto de ésta si, en el caso, cabe la responsabilidad por culpa. Esta teoría sólo niega la eficacia exculpatoria del error sobre la prohibición si el error depende de una actitud incompatible con una sana concepción jurídica ("ceguera jurídica", "hostilidad al derecho"). Pero, para cubrir las lagunas de irresponsabilidad que esa tesis genera en los casos en que el delito no es imputable a título de culpa, la teoría del dolo propone la creación de un tipo general de "culpa jurídica", destinado a reprimir al autor en razón de su defectuosa información jurídica.

Para la *teoría de la culpabilidad*, propiciada por el finalismo, el error sobre la prohibición<sup>35</sup> no plantea una cuestión de exclusión de la culpabilidad por exclusión del dolo, sino que directa e inmediatamente influye sobre la existencia y medida de la culpabilidad. Para esta teoría, el conocimiento de la antijuridicidad no es un contenido del dolo. A éste lo mira como un "dolo natural" -por estar referido al hecho material-, que pertenece a la acción y representa la "voluntad de acción antijurídica", a la cual se refiere el reproche constitutivo de la culpabilidad. La "voluntad de acción antijurídica" le es reprochable al autor en la medida que podía tener conciencia de la prohibición de la acción y, así, contramotivarse para no delinquir. Por esto, el reproche de culpabilidad es más grave si el autor conocía la antijuridicidad, pues le resultaba más fácil contramotivarse; y menos grave si esforzando su conciencia o por consultas u otros medios, el autor pudo conocerla. Se trataría, en este caso, de un error de prohibición evitable, que atenuaría la culpabilidad y la pena en la medida de la posibilidad de evitarlo.

### c. Sistema del Código penal

El artículo 34, inciso 1º, del Código penal, a los efectos de excluir el dolo, sólo admite la eficacia del *error de hecho*. Por el contrario, no le asigna eficacia al *error de derecho*. La delimitación de una y otra especie de error debe hacerse con arreglo a la distinción entre la regla jurídica y la materia regulada por ella.

<sup>35</sup> Que sería "no sólo la falsa representación, sino también la falta de representación de la antijuridicidad del hecho, esto es, no sólo la representación positiva de actuar conforme a derecho, sino también la falta de representación de actuar antijurídicamente" (WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 233). Esta indebida extensión del error sobre la prohibición se evidencia cuando se dice que no sólo existe un error sobre ella si el error recae sobre la existencia de la prohibición misma o de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico o sobre los límites jurídicos de una causa de esa especie, sino igualmente, si el error versa sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (ver BACIGALUPO, *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código penal*, p. 51 ["Nuevo pensamiento penal", año 1, Nº 7, 1972, p. 45]).



Desde ese punto de vista, el *error de hecho* no debe definirse según el concepto natural del hecho, sino de acuerdo con la función eliminatoria que al error le asigna el inciso 1º del artículo 34. De acuerdo con esto, el *error de hecho (error facti)* es el que recae sobre elementos o circunstancias objetivos o normativos que fundamentan la criminalidad del hecho objeto de la regulación jurídico-penal<sup>36</sup>.

Son *errores de hecho*, por lo tanto, no sólo los que recaen sobre los elementos objetivos del tipo delictivo<sup>37</sup>, sino, también, los que versan sobre sus elementos normativos<sup>38</sup>, así como los errores cuyo objeto son las circunstancias que, estando al margen del tipo, estructuran una situación de justificación<sup>39</sup> o de inculpabilidad<sup>39 bis</sup>. No es concebible un error sobre el llamado tipo subjetivo: cuando se admite que se elimina por el error el agravamiento del homicidio por no saber el autor que la víctima es su ascendiente, el error funcio-

<sup>36</sup> Sólo la inadvertencia de la función eliminatoria que el inc. 1º le asigna al error de hecho y su concepción puramente natural, pueden explicar la afirmación de que el *error facti* tiene como únicos objetos los perceptibles mediante los sentidos (objetos fácticos) (BACIGALUPO, *Fundamentación del concepto del tipo*, cit., p. 28).

<sup>37</sup> Sobre la edad de la víctima (Cám. N. Crim. y Correcc., Sala de Cámara, 28-IV-967, *La Ley*, t. 128, fallo 59.998); o el error *in personam* (Cám. Apel. Mercedes, 17-V-966, *La Ley*, t. 123, fallo 56.226) excluyente, v. gr., de una circunstancia agravante (art. 80, inc. 1º).

<sup>38</sup> Por ej., error sobre la propiedad de la cosa hurtada (C. N. Penal, 28-XII-951, *La Ley*, 6. 65, p. 274; Cám. 2ª Penal, Tucumán, 18-X-966, *La Ley*, 6. 125, fallo 57.148). Empero, todavía se emiten decisiones negativas (C. N. Crim. y Correc., Sala V, 23-V-969), *La Ley*, t. 136, fallo 64.049; íd., Sala I, 5-V-970, *La Ley*, t. 144, fallo 65.778). Admitió la eficacia exculpante del error sobre un elemento normativo (la obscenidad del delito del art. 128 CP), la C. Ac. Cba., A.I. n° 79, 5/6/974, B.J.C., t. XIX, vol. 1, p. 64.

<sup>39</sup> Por ej., respecto del ejercicio de un derecho, el error del autor sobre el derecho a seguir cobrando una pensión (C. N. Fed. Sala Crim. y Correc., 10-IV-970, *La Ley*, t. 141, fallo 66.372); o el error del autor sobre la existencia de circunstancias que configuran una agresión en su contra (Cám. en lo Crim. y Correc. de la Cap., 1-X-926, Fallos, t. 1, p. 500), o respecto de la inminencia y gravedad de ella (Sup. Corte de Tucumán, 5-VIII-950, *La Ley*, t. 62, p. 888). Sostiene BACIGALUPO que en las "eximentes putativas" el objeto del error no es un hecho, sino la "necesidad", o sea, la antijuridicidad o justificación de la realización del tipo. O, en otros términos, según dice BACIGALUPO, "no es un error sobre un hecho, sino sobre la *significación de un hecho* (*Sistema del error sobre la antijuridicidad* cit., ps. 60 y 61). Lo real es que el error sobre las circunstancias de hecho es el que determinó al autor a obrar como lo hizo, y esto es lo importante. El argumento de BACIGALUPO también autorizaría a decir que todo error sobre un elemento fáctico del tipo, es un error sobre la significación jurídica del hecho cometido. Pero, con esto, que equivaldría a borrar el error de hecho, se estaría en contradicción con el inc. 1º del art. 34, que precisamente, se refiere al "error o ignorancia de hecho", sin que nada indique que, expresándose así, ha querido referirse al error de derecho. No se puede compartir la equiparación que hace BACIGALUPO de las "eximentes putativas" con los casos de exceso (ob. cit., p. 61). En las "eximentes putativas" la circunstancia eximente no existe fuera de la *siquis* del autor, en tanto que en el exceso sí existe la circunstancia que motiva la acción o la reacción excesiva del autor.

<sup>39 bis</sup> Por ej., el error sobre la existencia de una amenaza grave e inminente que hace creer en una situación de coacción, excluye la culpabilidad porque excluye la libertad para obrar.

na porque recae sobre el elemento objetivo de la relación parental y no porque se admita el error del autor sobre su propio contenido mental<sup>40</sup>. El error sobre los elementos del tipo es negativo, porque su efecto es excluirllos para el agente. Por el contrario, el error sobre una causa de justificación es positivo, ya que simula su existencia frente al agente.

El *error de derecho*, según la concepción del Código penal, es aquel que recae sobre la existencia de la prohibición penal o de una disposición justificante o exculpante. Los errores de interpretación sobre el alcance de un tipo delictivo o de una causa de justificación o de inculpabilidad, son errores de hecho si recaen sobre elementos que estructuran la situación típica o eximente, pero son errores de derecho si representan una falsa noción acerca de la no recepción del tipo o de la recepción de la eximente por el derecho positivo.

Sólo el *error esencial*, aunque sea imputable al autor, excluye el dolo. El error *esencial* excluidor del *dolo*, es el que recae sobre los elementos constitutivos del tipo delictivo simple o agravado, o sobre las circunstancias constitutivas de la justificación del hecho o de la inculpabilidad del autor. El error sobre otras circunstancias es un *error accidental*.

## 2. Culpa

El dolo es la forma ordinaria y más grave. La culpa es la menos grave y excepcional. A título de culpa únicamente se responde penalmente si una disposición particular lo dispone respecto de un delito determinado. La culpa debe definirse como un comportamiento imprudente, negligente, imperito o inobservante de reglamentos o deberes cuyo cumplimiento corresponde al autor en el caso concreto<sup>40 bis</sup>.

A diferencia del dolo, la culpa no encuentra su razón en la comprensión y voluntad delictivas. La razón de ser de la culpa reside en la voluntad contraria a la precaución que el autor está obligado a observar en determinadas circunstancias para no dañar intereses ajenos. Sin embargo, el tipo delictivo culposo no está constituido ya por un comportamiento imprudente, negligente, imperito o inobservante de reglamentos o deberes, que no son, en sí mismos, otra cosa que contravenciones a deberes de cuidado a observar en el comportamiento personal. Esa situación contravencional recién adquiere tipicidad penal cuando causa un resultado delictivo<sup>40 ter</sup>, producido al margen del querer del agente. Por esto último, la multiplicación de resultados delictivos no destruye la unidad del hecho culposo.

Según el Código penal, cuatro son las formas en que una persona puede actuar con culpa, a saber: la imprudencia, la negligencia, la impericia en el

<sup>40</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 127 y nota al pie n° 255.

<sup>40 bis</sup> NUÑEZ, *ob cit.*, p. 124.

<sup>40 ter</sup> NUÑEZ, *ob. cit.*, p. 125.

propio arte o profesión y la inobservancia de los reglamentos o de los deberes del cargo.

Es *imprudente* el comportamiento que, con arreglo a las circunstancias, es atrevido, riesgoso o peligroso para las personas o los bienes ajenos<sup>41</sup>, salvo que se trate de un riesgo permitido de acuerdo con las exigencias prácticas de la vida en sociedad. Tales son los riesgos derivados del tránsito normal, de las explotaciones industriales, etc. Es *negligente* el comportamiento que, de acuerdo con las circunstancias, es descuidado<sup>42</sup>.

Tanto la imprudencia como la negligencia presuponen la posibilidad del autor de prever el resultado delictivo, ya que sin ella, subjetivamente no existe un deber de precaución<sup>43</sup>. Los tribunales hacen referencia a criterios objetivos y generales determinantes del grado de previsibilidad exigible. Se ha dicho que no existe culpa si "la previsibilidad del evento escapa a lo que una prudencia común puede apreciar"<sup>44</sup>; o "cuando el resultado proviene de un acontecimiento insospechado o excepcional que no ha podido entrar en el cálculo humano"<sup>45</sup>. O se ha dicho que existe culpa si "la eventualidad ocurrida no puede ser considerada como fortuita, sino que es previsible y ocurre normalmente"<sup>46</sup>; o que la culpabilidad es imputable "a quien no prevé lo normal, lo razonable, y no lo fuera de lo común, lo extraordinario o imponderable aunque posible"<sup>47</sup>.

Estos criterios objetivos no pueden satisfacer porque, por su generalidad, prescinden de la posibilidad de previsión particular del autor. A la mayor posibilidad particular de previsión corresponde una mayor posibilidad de culpa, y viceversa.

La *impericia* es una forma de imprudencia o negligencia en el ejercicio del propio arte o profesión. Es una culpa profesional. Consiste en la actua-

<sup>41</sup> V.gr., darle un empujón al pasajero que va en el estribo de un vehículo en marcha (Sup. Corte Tucumán, 22-VII-922, J.A., t. 12, p. 959); o conducir el vehículo a excesiva velocidad ligeramente alcoholizado (Cám. en lo Crim. y Correc. de la Capital, 11-IV-944, J.A., 1944-I, p. 771); o emprender la persecución del que corre, con el arma en la mano, el dedo en el percutor y la bala en la recámara (C. 3ª Crim. y Correc., Córdoba, 2-V-967, La Ley, t. 128, fallo 59.246); más ejemplos en NUÑEZ, II, p. 81.

<sup>42</sup> Por ej., dejar enchufada una plancha eléctrica (Cám. 3, Crim. y Corr. de La Plata, 21-IX-949, J.A., 1950-I, p. 18); o dar marcha atrás al vehículo sin cerciorarse si existe peligro para terceros (C. N. Federal, Sala Crim. y Correc., 20-IX-968, La Ley, t. 132, fallo 61.295); o no revisar si existe fuego antes de echar kerosene. La Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital, 14-III-933, Fallos, t. 4, p. 169, consideró que en este caso existía imprudencia. Pero, en verdad, el autor violó la precaución debida al revisar si existía fuego. Distinto es el caso en que el autor echa kerosene a sabiendas de que el fuego está prendido (imprudencia).

<sup>43</sup> Tesis aceptada por los autores y la jurisprudencia (NUÑEZ, II, p. 75).

<sup>44</sup> Cám. de Apelaciones de Tucumán, 20-IV-925, J. A., t. 15, p. 721; C. Apel. Mercedes, 22-XI-949, J. A., 1951-II, p. 455.

<sup>45</sup> C. Apel. Corrientes, 28-VI-949, J. A., 1950-I, p. 599.

<sup>46</sup> C. N. Crim. y Correc., Sala I, 27-IX-966, La Ley, t. 125, fallo 57.120.

<sup>47</sup> C. N. Crim. y Correc., Sala V, 5-V-970, La Ley, t. 140, fallo 65.851.

ción en el propio arte o profesión sin el saber, experiencia o habilidad mínimos exigibles para su ejercicio beneficioso. Lo que no es un acto profesional defectuoso, sintomático de la ausencia de ese saber mínimo, no es una impericia profesional, aunque implique una imprudencia o negligencia del profesional<sup>48</sup>. No es reprochable como impericia lo “opinable y disputable”; ni lo es el simple error en la práctica del oficio, por ejemplo, el error de diagnóstico que no es grosero<sup>49</sup>.

La culpa por *inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes del propio cargo*, es una forma de culpa caracterizada porque la precaución exigible está predeterminada por las normas reguladoras de una actividad o cargo. El reglamento y la ordenanza comprenden todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que trata (C. P., 77). Por el contrario, los deberes pueden corresponder a un cargo (función o empleo) público o privado<sup>50</sup>. Como las otras formas de la culpa, la por *inobservancia de reglamentos o deberes sólo implica una presunción iuris tantum* de responsabilidad por el resultado delictivo, ya que esta presunción cede ante prueba en contrario de que la *inobservancia* fue la causante del hecho. Por el contrario, es correcto decir que se presume *iuris et de jure* que obra con culpa el que viola el reglamento o deber. Esta especie de culpa también es compatible con las otras formas de culpa<sup>50 bis</sup>.

El delito culposo requiere una relación de causalidad entre la contravención de un deber de cuidado exigible en el caso y un determinado efecto delictivo, como lo dicen los arts. 84, 94 y 196. Se trata de situaciones de hecho apreciables en cada caso con arreglo al particular resultado delictivo de que se trate<sup>51</sup>.

#### A. EXCLUSIÓN DE LA CULPA

Como el dolo, la culpa es excluida por el error o la ignorancia de hecho. Pero, al contrario de lo que sucede respecto del dolo, la exclusión de la culpa por error o ignorancia requiere que éstos *no le sean imputables al autor* (C. P., 34, inc. 1º).

<sup>48</sup> El olvido de una pinza por un cirujano en el cuerpo del paciente no implica una “impericia negligente” profesional, sino una negligencia profesional (contra, C. N. Crim. y Correc., Sala III, 31-III-970, *La Ley*, t. 138, fallo 65.195).

<sup>49</sup> Ver, v. gr., Cám. en lo Criminal y Correc. de la Capital, 1-XII-944, *Fallos*, t. 5, p. 289.

<sup>50</sup> Es la opinión prevaleciente, ver FONTÁN BALESTRA, II. 275.

<sup>50 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 126. Ver C. N. Civil, Sala F, 23-IX-965, *La Ley*, t. 122, “Reseña de Fallos”, 13.504, S: “La presunción de culpa que resulta de la violación a la norma referente a la prioridad de cruce en las bocacalles puede ser destruida mediante la adecuada prueba de la culpa del otro conductor”.

<sup>51</sup> NUÑEZ, ob. y loc. cit.

El error o ignorancia no le es imputable al autor si éste, a pesar de usar la diligencia o prudencia exigida por las circunstancias, no pudo evitarlos en lo que atañe al carácter criminal del hecho ejecutado o de la adecuada dirección de sus acciones al ejecutarlo. Es el *error invencible* de la antigua doctrina.

El error o ignorancia imputable excluidor del dolo deja subsistente la responsabilidad penal por culpa cuando el delito la admite a este título, mientras que el error o ignorancia inimputable elimina toda responsabilidad penal por el delito cometido.

### 3. Libertad de decisión del autor

#### A. CONCEPTO

Para ser penalmente culpable no basta que el autor sea imputable y que obre con dolo o con culpa. Es necesario, además, que en el momento del hecho haya gozado de *libertad de decisión*, pues no es punible el que obrare violentado moralmente. La culpabilidad es un reproche a la libre voluntad de acción o de omisión, y no un reproche a la voluntad vencida.

La decisión o voluntad de acción u omisión es libre si el autor no obra coaccionado, vale decir, vencido por el temor.

#### B. EXCLUSIÓN DE LA LIBERTAD (AMENAZAS)

La libertad de decisión del autor es excluida si obra *violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente* (C.P., 34, inc. 2º, 2º supuesto). Estas amenazas, que constituyen lo que doctrinaria y legislativamente es la *coacción*, se diferencian de la fuerza física irresistible (art. 34, inc. 2º, 1ª disposición), porque no representan una *vis absoluta* que dominando físicamente a la víctima, excluye su acción y la convierte en un instrumento del que la ejerce, trasladando a éste la responsabilidad.

Las *amenazas* representan una *vis compulsiva* que, sin dominar físicamente a la víctima, la dominan moralmente.

El empleo del plural "amenazas" no es correcto y no traduce el verdadero alcance del precepto, pues pareciera que restringe el origen de las violencias, al anuncio verbal o escrito de un mal. Pero no sucede así. El término comprende no sólo esa especie de amenazas formuladas por una persona, sino también: a) las amenazas que al margen del lenguaje pueden expresar las personas por otros medios, como es, v. gr., el uso de violencia física reiterable<sup>52</sup>;

<sup>52</sup> Tiene razón FONTÁN BALESTRA, II, 318, cuando nos critica por referir este caso a al fuerza física irresistible (t. II, p. 121, Nº I y 123, Nº II). El criterio eximente esencial del uso de una fuerza física que no es materialmente irresistible, no reside en su efecto físico (*vis absoluta*), sino en su efecto como amenaza de ser repetido (*vis compulsiva*). Pero dicho autor no tiene

b) las amenazas de males de otro origen que el humano<sup>53</sup>. No implica una amenaza en el sentido del inc. 2º del art. 34, si el tercero se limita a ejercer su derecho de modo no abusivo (C.C., art. 1071, Ley 17.711)<sup>53 bis</sup>.

Por consiguiente, esta causa de inculpabilidad no es únicamente la amenaza de un mal grave e inminente hecha por una persona a otra para que cometa un delito, sino que es toda perspectiva de un mal grave, cualquiera que sea su origen, que se presente como de inminente realización y que, para evitarlo, obliga a la víctima a delinquir<sup>53 ter</sup>.

La *amenaza* se funda lo mismo que el estado de necesidad (art. 34, inc. 3º), en el temor de la pronta efectivización (*inminencia*) de un perjuicio de consideración (*mal grave*) para la persona o bienes del autor o de un tercero vinculado a él, de una manera que el mal de éste se convierta en un mal para el autor. Pero, en tanto que en la *amenaza* se mira el efecto atemorizador que ella produce en el autor, y por esto sólo funciona como causa de inculpabilidad, en el *estado de necesidad* se atiende a la mayor gravedad del mal causado respecto del mal amenazado, por lo que, con arreglo al principio de la prevalencia de los bienes en juego, constituye una causa de justificación. El temor engendrado por la amenaza no exime de pena con arreglo a ese criterio objetivamente justificador del hecho, sino porque al autor, a pesar de obrar antijurídicamente, no se le podía exigir que no se comportara como lo hizo.

La gravedad del mal y su inminencia no son las realmente existentes, sino las realmente apreciadas por el agente, que son las que generan su temor. El autor debe ser ajeno a la producción de la amenaza del mal<sup>54</sup>, y no debe estar jurídicamente obligado a afrontarlo.

Si el autor, por error o ignorancia, cree que es objeto de una amenaza de sufrir un mal grave e inminente, no es punible, salvo a título de culpa, si el delito es imputable de esta manera<sup>54 bis</sup>.

---

razón cuando distingue la coacción (de origen humano) y la amenaza de un mal grave e inminente (que proviene de otras fuerzas); pues, además de que la ley no hace diferencia, la una no difiere sustancialmente de la otra respecto de sus condiciones esenciales.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ ROURA, t. II, 2ª ed., p. 46 ("puede la coacción moral provenir del hombre, de una bestia o de los elementos de la naturaleza"); NUÑEZ, II, 122 y 124; JIMÉNEZ DE ASÚA, VI, 880 y 884; CABRAL, *Reflexiones sobre la no exigibilidad de otra conducta*, p. 93 ("Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año VI, Nº 12, 1964, Enero-Junio, p. 81); FONTÁN BALESTRA, II, 317.

<sup>53 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 130.

<sup>53 ter</sup> En contra, ORGAZ, *La ilicitud*, p. 134, nota 14. Pero ORGAZ reduce el asunto a una cuestión de diccionario, sin advertir que, a diferencia de lo que sucede respecto de la legítima defensa, la admisibilidad de la coacción no depende de cómo se origine el acontecimiento eximente, sino del efecto de éste en el ánimo del sujeto pasivo.

<sup>54</sup> Ver Sup. Corte de Buenos Aires, 7-XI-944, *La Ley*, t. 37, p. 635.

<sup>54 bis</sup> SANCINETTI nos imputa incoherencia y duplicidad conceptual, porque nuestra afirmación no advierte que "la errónea suposición de una circunstancia que de concurrir objetivamente dejaría intacto el dolo (o la culpa), no puede excluir el dolo (ni la culpa)" (*Error, dolo y culpabilidad* [Ponencia en las "Cuartas Jornadas de Derecho Penal", U.N. de Córdoba, 1976]). Pero nosotros nos referimos a la exclusión de la culpabilidad por falta de libertad, que, para nosotros, como elemento de aquélla no tiene nada que ver con la estructura del dolo y de la culpa.



## Sexta Parte

### **PUNIBILIDAD<sup>1</sup>**

El *castigo* de un hecho típico, antijurídico y culpable está supeditado a dos condiciones, a saber:

- a) que subsista una *acción penal* para perseguir al autor, y
- b) que no concurra a favor del autor una *excusa absolutoria*.

<sup>1</sup> VARELA, *Condiciones de punibilidad* ("Cuadernos de los Institutos", Nº 50, p. 47 [Univ. Nac. de Córdoba]).





## Capítulo I

### ACCIONES PENALES<sup>1 bis</sup>

#### I. Concepto

La potestad represiva del Estado se manifiesta bajo la forma de las *acciones penales*. Estas son las modalidades del derecho-deber del Estado de aplicarle la pena establecida por la ley al partícipe de un hecho penalmente típico, antijurídico y culpable.

Ese derecho-deber del Estado (*acción penal en sentido material*) se diferencia del derecho de ejercerlo en un proceso (*acción penal en sentido formal o procesal*). La regulación de la primera corresponde al legislador nacional. La de la segunda, a los legisladores locales<sup>2</sup>.

La acción penal puede ser *pública*, de *instancia privada* o *privada* (C. P., 71), pero su naturaleza es siempre pública porque, aunque su ejercicio puede depender de la instancia del particular ofendido por el delito o pertenecer a éste, el derecho-deber en que consiste tiene por objeto la aplicación de una pena pública, tendiente a satisfacer el interés social en el castigo del delincuente.

#### II. Acción pública - Ejercicio

Por regla, la acción penal es *pública* y se ejerce de oficio. Excepcionalmente la acción penal es pública pero de instancia privada, o es privada (art. 71).

<sup>1 bis</sup> HERRERA, *La reforma penal*, p. 605; NUÑEZ, II, 127; SOLER, II, § 73; FONTÁN BALESTRA, III, § 73.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de la acción en sentido material y en sentido procesal, ver NUÑEZ, *La acción civil en el proceso penal*, Córdoba, 1982, Marcos Lerner editora Córdoba, pág. 12; NUÑEZ, II, 127 y ss. Las confusiones que nos atribuye VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. II, Buenos Aires, p. 250, nota 8, parecen reducirse a lo que él llama *pretensión penal* y que nosotros, ateniéndonos al C.P., denominamos *acción penal*. A veces, y ésta es una de ellas, "una hiriente literalidad", como la que nos atribuye Vélez, significa el más humilde respeto a lo que dice la ley. Por otro lado, atribuir a la acción penal en sentido material una naturaleza procesal, inadvierte que el Código Penal no regula el modo de la actividad judicial para el ejercicio de la acción penal, sino que establece las distintas clases de acciones para el ejercicio de la potestad estatal de perseguir penalmente, así como su titularidad y extinción. Ver NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 267.

El titular del ejercicio de la acción pública es el órgano del Estado (Ministerio Público o Fiscal) (C. de P. P. de Córdoba, art. 5; C. P. P. de la Nación art. 5), el cual debe iniciar su ejercicio de oficio (principio de la oficialidad de la acción). Una consecuencia del ejercicio de oficio de la acción pública, esto es, por propia iniciativa y obligatoriamente<sup>3</sup>, es que su ejercicio está regido por los principios de *legalidad e indivisibilidad*.

El principio de *legalidad*, en oposición al de *oportunidad*, que supedita el ejercicio de la acción al examen de su conveniencia, le exige al órgano público que inicie ese ejercicio si *prima facie* resulta que se ha cometido un delito perseguible por acción pública<sup>4</sup>, salvo que, en razón de la función pública del autor, ese ejercicio esté constitucionalmente supeditado a la resolución de un *antejuicio*. Éste puede consistir en un procedimiento de desafuero (C. N., art. 70; C. de Córdoba, art. 95), o de juicio político (C.N., 53, 59 y 60; C. de Córdoba, 115, 120, 121, 122 y 123) o de enjuiciamiento ante un jury (C. de Córdoba, 159; C. P. P. de Córdoba, arts. 14 y 15 y C. P. P. de la Nación art. 189, 190, 191 y 192). La existencia del delito puede ser denunciada por cualquier persona capaz (C. P. P. de la Nación, art. 174; C. P. P. de Córdoba, art. 314), pero únicamente la persona particularmente ofendida por el delito (el agraviado), puede asumir la calidad de querellante (C. P. P. de la Nación art. 82 y C. P. P. de Córdoba arts. 7 y 91).

El ejercicio de la acción pública es *indivisible*, porque debe realizarse en contra de todos los participantes en el delito y no sólo de algunos; y es *irretractable*<sup>5</sup>.

### III. Acción dependiente de instancia privada

#### Ejercicio<sup>6</sup>

Esta es una acción pública cuyo ejercicio corresponde al órgano público, pero no de oficio, sino que sólo corresponde formar causa contra el imputado a *instancia* (esto es, denuncia<sup>7</sup> o acusación del agraviado por el delito). Siendo éste incapaz, la instancia corresponde a su tutor (C. C., 377), guarda-

<sup>3</sup> La omisión de este deber es punible (C. P., 274).

<sup>4</sup> Ver VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Buenos Aires, p. 180.

<sup>5</sup> Ver VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., p. 181.

<sup>6</sup> Martínez, *El nuevo contenido del art. 72 del código penal* ("La Ley", t. 131, p. 1308); CLARÍA OLMEDO, *La instancia privada* ("J. A.", agosto 9 y 10 de 1971); ORGEIRA, *Razones de seguridad e interés público para actuar de oficio* ("J. A.", octubre 16 de 1969).

<sup>7</sup> La espontánea aunque informal manifestación de la existencia del hecho ante la autoridad competente debidamente documentada. No es una denuncia la manifestación hecha como testigo, es decir, testimoniando. Pero el hecho de que lo que se manifieste como testigo no exprese una instancia, no quiere decir que en el mismo acto que se presta el testimonio no se pueda hacer una manifestación de voluntad que signifique una instancia (conforme Tribunal Superior de Córdoba, 12-XI-968, *Síntesis de Fallos*, 1969, n° 114).

dor<sup>8</sup> o representante legal (C.P., 72, § 2º)<sup>9</sup>. En este caso, las leyes procesales establecen el orden de prelación para instar (C. de P. P. de Córdoba, art. 6). La titularidad de la facultad de instar es intransferible, pero el titular puede actuar por mandatario<sup>9 bis</sup>.

De acuerdo con el artículo 72 del Código penal, son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1º) Violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91;

2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés públicos;

3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes (Ley 24.270);

La supeditación del ejercicio de la acción a la instancia del agraviado, solo se debe al interés de éste en que el *strepitus fori* no agrave la lesión a su honestidad, causada por la violación, el estupro, el rapto o el abuso deshonesto<sup>10</sup>. En los demás casos (íncs. 2º y 3º), el legislador ha tomado en cuenta el exclusivo interés del agraviado<sup>10 bis</sup>, salvo que, tratándose de lesiones leves, dolosas o culposas, medien razones de interés o seguridad públicos.

Concurren *razones de interés público* para ejercer de oficio la acción por *lesiones leves*, cuando su conocimiento y juzgamiento resulta útil, conveniente o necesario para el orden o bienestar de la comunidad<sup>11</sup>. Por el contrario, median *razones de seguridad pública*, si por su naturaleza o circunstan-

<sup>8</sup> Los códigos provinciales de procedimiento penal, definen al guardador como la persona que por cualquier motivo tiene el menor a su cuidado (v. gr. C.P.P. de Córdoba art. 6º). Ver NUÑEZ, II, 135; también, la sent. n° 20 del 16/12/988, del T.S.J. Cba, Semanario Jurídico n° 753, p. 9, con nota de DANIEL P. CARRERA: *Validez de la instancia del art. 72 CP, ejercida por la guardadora de hecho de la incapaz violada*.

<sup>9</sup> Son representantes legales, además de los tutores, mencionados específicamente, los padres y los curadores de los dementes o sordomudos (C. C., 57 [Ley 17.711]).

<sup>9 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 319.

<sup>10</sup> Ver NUÑEZ, II, 131.

<sup>10 bis</sup> En relación al impedimento de contacto, cfr. *El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes - Ley n° 24.270 -*, de MARÍA DE LAS MERCEDES SUAREZ y CARLOS JULIO LASCANO (H), p. 88, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1994.

<sup>11</sup> Por ej.: si la lesión es la obra de una patota (Trib. Sup. de Córdoba, Sala Penal, año 1970, sentencia N° 61, *Carabajal, Juan Crisóstomo y otro (Comercio y Justicia, Córdoba, febrero 16 de 1971)* o se produce en una verdadera batalla campal (C. 2ª Penal Tucumán, 8-V-968, *La Ley*, t. 132, fallo 61.511, que consideró, aunque sin razón, que estaba en peligro la seguridad pública); o si la víctima, en su carácter de jefe de una estación de ferrocarril, revestía autoridad (C. Federal La Plata, Sala I, 22-VIII-968, *El Derecho*, t. 24, fallo 12.340). Pero no basta la simple calidad de funcionario público (ver GENÓCRATES, *La Ley*, t. 6, 135, nota al fallo 63.611).

cias el hecho resulta sintomático de un peligro potencial para la incolumidad de las personas o bienes de los terceros en general<sup>12</sup>.

La *instancia*, que es irrevocable<sup>13</sup>, no tiene por objeto persona determinada, sino hechos determinados y comprende, por lo tanto, a todos los partícipes en ellos. La *instancia* es subjetivamente indivisible, pero es objetivamente divisible<sup>14</sup>. Desde el punto de vista del derecho penal, ella es una condición de punibilidad<sup>15</sup>. Procesalmente, la falta de una instancia en forma legal impide la formación de la causa, y si se la forma, la causa es nula por violación de una forma esencial del procedimiento (C. P. P. Cba., 6; C. P., 72); o lo es por inobservancia de una disposición concerniente a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso (C.P. P. Córdoba, 185, inc. 2º y C. P. P. de la Nación, 167, inc. 2º)<sup>16</sup>. La instancia a que alude el art. 72 puede consistir en una acusación o una denuncia. La primera, si la pertinente ley procesal la admite, debe realizarse mediante una querrela y guardar las formas que la ley establece, ligando al querellante al proceso; constituye una acusación contra el presunto responsable que implica el ejercicio de la pertinente acción penal. La segunda, que representa la noticia a la autoridad competente de la comisión del delito y no implica ejercer la acción penal sino que tiende a provocar su ejercicio, es un acto, escrito u oral, que no exige llenar las exigencias que a los fines del procedimiento penal establecen los códigos procesales: basta que la autoridad sea razonablemente informada del probable delito, aunque el denunciante, de modo expreso, no solicite la iniciación de la correspondiente acción penal por el órgano público<sup>16bis</sup>.

<sup>12</sup> V. gr.: conducir un vehículo por la vía pública bajo los efectos del alcohol (C. N. Crim. y Correc., Sala VI, 3-IX-968, *El Derecho*, t. 30, p. 362, en nota al fallo 15.286, Nº IV, 8); o hacerlo a excesiva velocidad (C. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, 24-IV-969, *El Derecho*, t. 30, nota cit. Nº IV, 11) o en forma "por demás imprudente" (Cam. Fed. Bahía Blanca, 8-IV-969, *El Derecho*, t. 30, nota cit., Nº IV, 13). También, S. C. Mendoza, 29-V-969, nota cit., Nº IV, 17. Pero el solo hecho de que el vehículo se encuentre afectado al transporte público no afecta la seguridad pública (C. N. Crim. y Correc., Sala IV, 14-II-969, *El Derecho*, nota cit., nº IV, 14). El T.S.J. de Cba, sentencia nº 9 del 19/IV/996, caso "Mokaden", ha sostenido que la sola colisión de un automóvil "con un colectivo del transporte público durante la prestación del servicio (conducción peligrosa que afecta un interés público)", constituye la base fáctica que da sustento a la 2da hipótesis del art. 72, inc. 2º.

<sup>13</sup> Cámara Segunda de Córdoba en lo Crim. y Correc., 12-XII-940, *Justicia*, t. 2, p. 61.

<sup>14</sup> NUÑEZ, II, 142; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., p. 273. Cfr., C. Ac. Cba., A.I. nº 182, 20/10/77, *Semanario Jurídico* nº 30, p. 61, que sostiene que la instancia es indivisible sólo en sentido subjetivo, no real, porque el ofendido, o su representante, no está obligado a promoverla por todos los delitos de los que ha sido víctima.

<sup>15</sup> NUÑEZ, II, 144; íd., *La naturaleza de la instancia del ofendido*, Nº V ("J. A.", setiembre 26 de 1968).

<sup>16</sup> Ver NUÑEZ, II, 144.

<sup>16bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 317 y sgte. La cuestión de si la denuncia debe satisfacer enteramente las formas de la ley procesal, se discute. Entienden que sí, LAJE ANAYA-GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino*, t. I, Parte General, p. 395, nota nº 17. Trata varios de los problemas que se plantean, el T.S.J. Cba, en la sentencia nº 32 del 14/V/998, caso "Escudero". Sobre la validez de la denuncia formulada por la madre de la víctima, luego ratificada por el padre, véase C. Acus. Cba., sent. nº 7 del 21/2/994, *Semanario Jurídico* nº 1019, 12/1/995, p. 31

La instancia privada no es necesaria y corresponde el procedimiento de oficio, cuando en los casos del artículo 72, el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

#### IV. Acción Privada - Ejercicio

Son acciones privadas aquellas que en atención a la preponderancia del interés del ofendido o agraviado por el delito en el castigo o impunidad del hecho, su ejercicio está reservado a él o, siendo incapaz, a sus guardadores o representantes (art. 76); o tratándose de calumnias o injurias, a los sucesores de aquél (art. 75); o, si la ofendida es una persona colectiva, a sus autoridades representativas (art. 117).

Con arreglo al art. 73, texto según ley 24.453, son acciones privadas las emergentes de los delitos de calumnias e injurias, violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157, concurrencia desleal (art. 159) e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. De la ley procesal dependerá la admisión del ofendido como querellante (C. P. P. de Córdoba, art. 427), así como si puede actuar, además, como actor civil (C.P.P. de Córdoba, art. 424).

A pesar de que el artículo 76 admite que en los casos de delitos de acción privada se proceda por *querrela* o *denuncia*, sólo la primera es procesalmente apta para hacerlo, pues la segunda no significa ejercicio de la acción, ni liga al denunciante al procedimiento (C.P.P. de la Nación art. 179; C. P. P. de Córdoba, art. 318). El ofendido o agraviado tiene el gobierno pleno de la acción. Puede querellar a uno o a todos los culpables (*divisibilidad subjetiva*) o renunciar la acción (art. 59, inc. 4º), y después de la condena, puede extinguir la pena por perdón (art. 69).

#### V. Extinción de las acciones penales<sup>17</sup>

##### 1. Principios generales

Producido el delito, la acción correspondiente no obra indefinidamente, sino que existen causas que la extinguen y, así, excluyen la punibilidad.

Una causa extintiva puede operar desde la comisión del delito hasta la sentencia firme. Su efecto procesal es el cierre del proceso por sobreseimiento y no la absolución del imputado, ya que la causa extintiva impide que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Esas causas pueden tener un carácter objetivo, personal o mixto. Son causas *objetivas* las que excluyen la punibilidad del delito en sí, como sucede con la amnistía. Son causas *personales* las que, como la prescripción, la

<sup>17</sup> NUÑEZ, II, 149.

oblación voluntaria de la multa y la muerte del imputado, dejando intacta la punibilidad del delito, benefician a los participantes a que se refieren. Es *mixta* la causa que, como la renuncia, puede tener un efecto objetivo o personal según la voluntad del que la haga. La sentencia firme, condenatoria o absolutoria, no extingue la acción, sino que la agota porque realiza su finalidad propia. Ocurrida la extinción de la acción penal, la exclusión de la persecución penal es definitiva, quedando amparado su beneficiario por el principio constitucional del *non bis in idem* (C. N. art. 75 inc. 22; art. 8, inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; C. Prov. Córdoba, art. 39), incluso respecto de la aplicación de una medida de seguridad derivable del hecho imputado<sup>17 bis</sup>.

## 2. Muerte del Imputado

La acción penal se extingue por la muerte del imputado (C. P., 59, inc. 1º). Esto es un efecto del carácter personal de la pena, incluso de la de naturaleza pecuniaria<sup>18</sup>.

El efecto de la muerte del imputado es de carácter estrictamente personal. No favorece a los otros participantes, aunque se trate de la muerte del autor del hecho; ni perjudica a los herederos del muerto, desviando hacia ellos la acción penal. La muerte natural del imputado debe probarse con arreglo a los arts. 104 y sgts. del Código Civil; no implica esa prueba la presunción del fallecimiento, que sólo atiende a finalidades civiles<sup>18 bis</sup>.

## 3. Amnistía<sup>19</sup>

La acción penal se extingue por la amnistía.

La *amnistía* en materia penal es el olvido de una infracción punible para restablecer la calma y la concordia social<sup>20</sup>. Su objeto no es el olvido de las circunstancias agravantes de aquella infracción, sino la infracción punible en sí misma<sup>20 bis</sup>. Es un acto de naturaleza política que, interfiriendo en el ámbito de

<sup>17 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 269.

<sup>18</sup> HERRERA, *La reforma penal*, Nº 103; íd., *El nuevo código penal*, Universidad Nacional de Córdoba, p. 26. La C.S. de la Nación admitió la personalidad de la multa fiscal, *Fallos*, t. 18, p. 350, y t. 200, p. 495, y 29-VIII-974, Bigio, A. c/Gobierno Nacional, *La Ley*, t. 156, fallo 71.078, con nota, y la rechazó en *Fallos*, t. 156, p. 196; t. 212, p. 134, y t. 220, p. 1146. Sobre la cuestión, nuestro artículo *La multa penal fiscal y la muerte del infractor* ("Derecho fiscal", año V, Nº 55, Enero de 1956, p. 304).

<sup>18 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 269.

<sup>19</sup> NUÑEZ, II, 155; JOSÉ MANUEL NUÑEZ, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, p. 672 (trabajo que se nos atribuye por error); CARLOS J. LASCANO (H), *La amnistía en el Derecho Argentino*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1989.

<sup>20</sup> Así, pero refiriéndose a un "hecho delictuoso", la C. S. de la Nación, 15-VII-932, *Fallos*, t. 165, p. 199 (J. A., t. 38, p. 924); íd., 8-IX-937, *Fallos*, t. 178, p. 377 (J. A., t. 59, p. 746).

<sup>20 bis</sup> Corte Suprema de Justicia, *Fallos* 165: 199. Por consiguiente, no computar una condena anterior a los efectos de la declaración de un individuo como reincidente, no constituye una "indirecta amnistía". NUÑEZ, Nota a fallo, *Semanario Jurídico* n° 147, 27/10/980, p. 280.

la delictuosidad aniquila la acción penal o la pena<sup>21</sup>. Se inspira en el principio supremo de la necesidad de evitar el mal mayor consistente en la intranquilidad social, mediante el mal menor del olvido del delito o de la infracción. Consulta, así, el fundamento político de la pena. La *amnistía* es admisible respecto de toda clase de delitos e infracciones punibles<sup>22</sup>. Ni la Constitución Nacional en su artículo 75, inc. 20, ha dispuesto, ni la jurisprudencia ha aceptado, que la amnistía sólo pueda tener por objeto delitos políticos<sup>23</sup>.

La facultad de amnistiar, que en las monarquías se consideraba una regalía inalienable de la corona, en nuestro país es constitucionalmente una facultad del Congreso de la Nación (C. N., 75, inc. 20) y de las legislaturas provinciales. Al primero le corresponde su ejercicio en el orden nacional (C. N., 75, inc. 12 y leyes penales especiales). Las provincias conservan la facultad de dictarla en la esfera de los delitos de imprenta (C. N., 32) y de las contravenciones locales (C. N., 121 y 122). No es válida la amnistía concedida a sí mismo (v. gr. ley 22.924), porque involucra un perdón, que es remisión a la ofensa interferida por un tercero<sup>23 bis</sup>.

Aunque la amnistía es un acto político, puede constituir cuestión judicial si media exceso de poder por el Congreso, quien no puede decidir discrecionalmente que algo que razonablemente es perjudicial para la tranquilidad o bienestar sociales, lo autoriza a amnistiar<sup>23 ter</sup>.

Como causa de extinción de la acción, la amnistía puede dictarse mientras no exista sentencia condenatoria firme. Después de ésta, opera como causa extintiva de la pena.

La amnistía debe ser *general* (C.N., 75, inc. 20). La generalidad es inherente a su naturaleza<sup>24</sup>, porque de otra manera no podría llenar su fin esencial de tranquilizar a la sociedad<sup>25</sup>. La *generalidad*, como condición de la amnistía, significa que el olvido debe referirse a una o más especies de delitos

<sup>21</sup> La amnistía no es, por el contrario, un acto de olvido de delitos que ya no pueden perseguirse o cuya pena ya se ha extinguido, pues su única finalidad es evitar o hacer cesar la pena. Por consiguiente, puede dictarse antes, durante o después del juzgamiento del hecho (C. S. de la Nación, 15-VIII-932, *Fallos*, t. 165, p. 199), pero siempre con una de esas dos finalidades (C. P., art. 61). No puede dictarse, estando extinguida la acción o la pena, sólo para evitar la posible influencia del delito a los fines de la determinación de una pena ulterior (C.P., art. 41, inc. 2º) o para evitar el mal juicio social (en contra, C. S. de la Nación, 20-XII-974, D.J.A., abril 4 de 1975, fallo 24.102).

<sup>22</sup> Así sean de acción privada (C. S. de la Nación, 5-IX-974, *Fallos*, t. 289, p. 397).

<sup>23</sup> Ver NUÑEZ, II, 162. En contra, entre otros de nuestros autores clásicos de derecho constitucional, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª ed., Buenos Aires, N° 455.

<sup>23 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 277.

<sup>23 ter</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 276; también, LAJE ANAYA-GAVIER, ob. cit., p. 351, nota nº 5.

<sup>24</sup> C. S. de la Nación, 15-VII-932, *Fallos*, t. 165, p. 199 (J. A., t. 38, p. 924).

<sup>25</sup> ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., t. III, Buenos Aires, 1927, p. 247.



o a todos los delitos cualquiera que sea su especie. La generalidad no requiere que la amnistía no pueda ser condicionada o limitada, sino que las leyes le pueden poner restricciones y requisitos<sup>26</sup>. La amnistía puede ser limitada en relación a la medida o especie de las penas, o por la determinación de la delincuencia, el tiempo de su ejecución, los objetivos delictuosos, las circunstancias de su comisión, la individualización de su motivo u ocasión o por alguna otra circunstancia que no implique una restricción individualizadora por hechos o personas.

La amnistía “echa un velo sobre los actos a que se refiere, liberándolos de su carácter punible y quita toda base legal a las acciones criminales, a los procesos y a las sentencias”<sup>27</sup>. Por ejemplo, los delitos amnistiados no se toman en cuenta a los efectos de la reincidencia (C.P., 50, § 3º).

Si la amnistía no ha sido condicionada a que la soliciten los imputados o terceros, debe ser declarada de oficio. Sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido de manera expresa por la ley o, en caso contrario, desde que aquélla entra en vigencia, y no pueden ser rehusados por sus beneficiarios. Pero la amnistía no extingue la *acción civil* emergente del delito (C. P., art. 61).

#### 4. Prescripción<sup>28</sup>

La acción penal se extingue por *prescripción* (C. P., 59, inc. 3º)<sup>28 bis</sup>. Científicamente, la prescripción se funda en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprima, que es lo que constituye el fundamento político de la pena<sup>29</sup>. El Código penal se atuvo originariamente a este fundamento, pues no preveía causa alguna interruptora de la prescripción de la acción. Pero a partir de la Ley 11.221, de Fe de Erratas, que admitió la interrupción de la prescripción por la comisión de otro delito (art. 67, § 4º), la prescripción también tuvo en cuenta como fundamento la presunción de la enmienda del imputado. La

<sup>26</sup> Ver C. S. de la Nación, 7-IV-947, J. A., 1947-1, p. 706 (La Ley, t. 46, p. 242); id., 23-V-905, Fallos, t. 102, p. 43; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la constitución Argentina*, N° 458; NUÑEZ, II, 159.

<sup>27</sup> C. S. de la Nación, 19-IX-927, Fallos, t. 149, p. 214.

<sup>28</sup> NUÑEZ, II, 167; VERA BARROS, *La prescripción penal en el código penal, Leyes Especiales -Tratados internacionales*, Buenos Aires, 1960; FONTÁN BALESTRA, III, 455.

<sup>28 bis</sup> Pero hay excepciones: así ocurre con los supuestos mencionados por el art. 36 de la C.N. según reforma de 1994, que dispone que “Las acciones respectivas serán imprescriptibles”; también, el art. VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de status constitucional (ley 28.420), que establece que, salvo que una norma fundamental lo impida (lo que no ocurre entre nosotros, como lo demuestra el art. 36 de la C.N. antes citado), la acción penal derivada de aquellas desapariciones y la pena que se imponga judicialmente, son imprescriptibles.

<sup>29</sup> Ver CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, 5ª ed., vol. II, Firenze, 1898, ps. 85 y ss. y 301 y ss.; HERRERA, *La reforma penal*, Nos. 358 y ss. Sobre los fundamentos que se le han asignado a la prescripción, ver VERA BARROS, ob. cit., cap. I, § 2.

comisión del nuevo delito, a la par que renueva el recuerdo social del delito anterior, echa por tierra la presunción de enmienda del imputado.

A partir de la Ley 13.569 (art. 1), [13-X-949], que introdujo la "secuela del juicio" como causa interruptora, la prescripción de la acción penal también atiende a la falta de voluntad persecutoria de los órganos públicos o del particular encargados de la secuela del juicio penal. Con esto, se ha introducido un factor interruptor totalmente extraño al fundamento científico de la prescripción de la acción penal, porque carece de influencia política a su respecto<sup>30</sup>.

Sobre la *naturaleza jurídica* de la prescripción no existe acuerdo. Para unos es de naturaleza *material*, porque extingue la potestad represiva, y su regulación corresponde al derecho penal sustantivo. Para otros, su naturaleza es *procesal*, porque impide la prosecución del *proceso*, y es regulable por el derecho procesal. También se le asigna una naturaleza mixta, esto es, *material-procesal*, ya que aunque por su esencia la prescripción es material, produce efectos procesales<sup>31</sup>.

En el derecho positivo nuestro es indudable la naturaleza *material* de la prescripción, ya que extingue la potestad represiva misma, que corresponde al derecho penal sustancial<sup>32</sup>. El hecho de que la extinción de la potestad represiva por prescripción impida la prosecución del proceso (C. P. P. de Córdoba 350, inc. 4º; C.P.P. de la Nación art. 336, inc. 1º) y exija su sobreseimiento y no un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no le atribuye a la prescripción de la acción naturaleza mixta, porque estas consecuencias, como, por el contrario, sucede con la caducidad de la instancia, no encuentran su fuente en la ley procesal, sino en la ley de fondo.

La prescripción no tiene naturaleza objetiva, sino *personal*. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito (C. P., 67, § 5º [Ley 23.077]). A la naturaleza personal de la prescripción no obsta el hecho de que, una vez iniciado, el proceso penal pueda suspenderse o interrumpirse para todos los partícipes en razón de la misma cuestión previa o prejudicial o por un mismo acto procesal.

El Código penal no admite un único *término de prescripción*. Ésta se produce en los diferentes tiempos fijados en el artículo 62 (Ley 23.077), de acuerdo a la especie y medida de la pena correspondiente al delito imputado.

<sup>30</sup> Véase CARRARA, *Prescrizione penale (interruzione)* ("Opuscoli", vol. II, cit., p. 73); íd., *Opuscoli cit.*, ps. 298 y ss.; íd., *Programa*, §§ 580 y 718; HERRERA, ob. cit., N° 361; NUÑEZ, II, 168 y ss.; MAIER, *Sobre la prescripción penal y su interrupción por la secuela del juicio*, N° 1 ("Revista de derecho penal y criminología", N° 4, 1969).

<sup>31</sup> Más detalles en VERA BARROS, ob. cit., cap. I, § 3.

<sup>32</sup> Ver Tribunal Superior de Córdoba, 26-10-956, *Boletín Judicial de Córdoba*, t. II, vol. I, febrero 1958, p. 21. También RIVAROLA, *Exposición y crítica del código penal*, t. I, Buenos Aires, 1890, N° 381; JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 718; VERA BARROS, ob. cit., ps. 42 y ss.

La pena que debe tenerse en cuenta no es siempre la establecida para el autor respecto del delito consumado, en su forma simple, agravada o atenuada sino que teniendo la complicidad y la tentativa escalas penales propias pre-determinadas por la ley, a esas escalas debe referirse, en su caso, el término de prescripción<sup>33</sup>.

El tiempo máximo para la prescripción, que corresponde a los delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua, es de quince años. El mínimo, que pertenece a los hechos reprimidos únicamente con inhabilitación temporal, es de un año. La regla general para los delitos reprimidos con reclusión o prisión temporal, es que la acción se prescribe una vez transcurrido el máximo de la pena señalada por la ley para el delito, sin que el término pueda exceder de doce años ni bajar de dos. Es de cinco años, si el hecho está reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; y es de dos años, si la pena es de multa, cualquiera que sea su cantidad.

Siendo única la acción emergente del delito, el término de prescripción es único si se trata de delitos reprimidos con penas alternativas o conjuntas o si una pena es principal y la otra accesoria. La prescripción no se rige entonces por la pena de naturaleza más grave (C. P., 5), sino por la pena a la que le corresponde el mayor término de prescripción<sup>34</sup>.

Si dos delitos *concurren idealmente*, la prescripción de la acción se rige por el término correspondiente a la *pena* mayor, porque ésta es la única pena aplicable (C. P., 54). Las opiniones se han dividido respecto a cómo se cuenta el término de prescripción en el caso de *concurso real* de delitos. Para unos, la acción emergente de cada delito prescribe por separado, porque los términos correspondientes a los distintos delitos corren *paralelamente* a partir del último delito interruptor de las respectivas prescripciones<sup>35</sup>. Para otros, con arreglo al artículo 55 del Código penal, existe un término único de prescripción, que resulta de la *suma* de los términos máximos correspondientes a cada delito, sin que la suma pueda exceder los límites máximos de prescripción que fija el artículo 62<sup>36</sup>.

La tesis del *paralelismo* es la dominante y es la correcta de *lege lata*. El artículo 55, del que se deduce la procedencia de la suma de los términos particulares de prescripción, es una regla cuyo objeto es la aplicación de la pena. Utilizarla para regular una institución cuya finalidad es la impunidad, significa extender la ley penal en contra del imputado y violar, así, el principio

<sup>33</sup> Cfme. VERA BARROS, ob. cit., p. 99; MEZGER, *Tratado*, II, 404, refiriéndose a Alemania dice que en los casos de edad juvenil, tentativa y auxilio, la *communis opinio* sólo considera, con razón, como fundamento el marco penal atenuado.

<sup>34</sup> NUÑEZ, II, 175.

<sup>35</sup> NUÑEZ, II, 178 y ss.; FONTÁN BALESTRA, III, 458 y ss. Cfr. T.S.J Cba, sent. del 24/4/981, *Semanario Jurídico* n° 202, 28/XII/981, p. 367.

<sup>36</sup> SOLER, II, 453 y ss.; VERA BARROS, ob. cit., ps. 100 y ss.

*nulla poena sine lege poenali*. Dogmáticamente, la inaplicabilidad del artículo 55 a los efectos de la prescripción resulta del propio artículo 62, que al establecer los términos máximos de prescripción para los distintos delitos, no admite como base para establecerlos, la pena resultante de la acumulación de las distintas penas.

El término de la prescripción comienza a la medianoche del día en que se cometió el delito (C. P., 63), y el plazo se cuenta con arreglo a las disposiciones del Código civil (C. P., art. 77, § 2º; C. C., 23 y ss.). La comisión del delito se refiere a su consumación o tentativa. Por lo tanto, tratándose de delitos materiales, el término no comienza el día del comportamiento del autor, sino el día del resultado delictivo<sup>37</sup>. En los casos en que la tentativa, continuación o permanencia delictiva prosigue más de un día, la prescripción única comienza a partir de la medianoche del día de su cese (C. P., 63)<sup>38</sup>.

La prescripción de la acción penal debe declararse de oficio<sup>38 bis</sup> desde el momento *a-quo* señalado, hasta que una sentencia que ha quedado firme, por no admitir recurso alguno, haya agotado la acción mediante un pronunciamiento condenatorio o absolutorio.

El curso del término de prescripción se *suspende*:

1º) en los casos de delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas<sup>39</sup> o prejudiciales<sup>40</sup>, que deban ser resueltas en otro juicio, judicial o no (C. P., 67 § 1º [Ley 13.569]). En este caso, no basta la simple necesidad de que se dicte una resolución previa o prejudicial, sino que es necesario el planteamiento de la cuestión;

2º) en los casos de delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9, 9 bis y 10 del Título XI, Libro 2º del Código Penal, mientras cualquiera de los que hayan participado en ellos se encuentren desempeñando un cargo público (C.P., 67, § 2º [Ley 23.077]).

3º) en los casos de los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los artículos 226 y 227 bis, la suspensión alcanza a todos los que intervinieron como instigadores, co-autores o cómplices. La suspensión termina

<sup>37</sup> Más detalles, en NÚÑEZ, II, 176 y 177.

<sup>38</sup> Cámara Nacional de Apel, en lo Crim. y Correcc. de la Capital Federal, 24-5-946, *Fallos plenarios*, t. II, p. 335 (respecto de la tentativa). La Cámara había sentado la tesis antes: 8-11-924, *Fallos*, t. I, p. 235; 2-5-939; J.A., p. 982, con nota favorable de ROBERTO PECACH; Cámara Crim. y Correcc. de la Capital, 12-9-939, *La Ley*, t. 16, p. 115 (en relación del delito permanente; pero en realidad, el delito de que se trata es continuado).

<sup>38 bis</sup> Porque, sin perjuicio que el imputado pueda solicitarla, la prescripción, tanto de la acción penal como de la pena, es de orden público, estando por ello al margen del interés individual. NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 279.

<sup>39</sup> Las cuestiones previas al proceso penal son las que impiden su iniciación (por ej., el juicio político, o el enjuiciamiento por un jury de magistrados), o detienen su curso (v. gr., la prelación jurisdiccional establecida por los arts. 19 y 20 del C.P.P. de la Nación).

<sup>40</sup> Las cuestiones prejudiciales son las que, teniendo por objeto un punto discutible y discutido en el juicio criminal, no suspenden su trámite, sino la sentencia y deben ser resueltas en la jurisdicción civil (la nulidad del matrimonio (C.C. 1160)).

con el restablecimiento efectivo del orden constitucional mediante el cese del alzamiento del art. 226 o de las acciones reprimidas por el art. 227 bis (Ley 23.077).

La suspensión no aniquila el término de prescripción ya corrido. Sólo impide que ese término comience a correr o que siga corriendo. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso (C.P., 67, § 1º [Ley 13.569]).

Según el artículo 67, § 4º (Ley 13.569), el curso del término de prescripción se interrumpe<sup>40 bis</sup>:

1º) por la comisión de otro delito, y

2º) por la secuela del juicio.

El otro *delito* debe ser de naturaleza común, consumado o tentado durante el curso del término de la prescripción correspondiente al delito de que se trata, y en el que el agente haya intervenido como autor, instigador o cómplice. La existencia del nuevo delito y la responsabilidad del imputado deben ser declaradas judicialmente<sup>40 ter</sup>.

La *secuela del juicio* alude a la interrupción de la prescripción por actos del proceso judicial incoado para el conocimiento y juzgamiento del delito en cuestión. Las opiniones se han dividido acerca de lo que debe entenderse por *juicio*. Unos piensan que de acuerdo con las leyes procesales, a las que les corresponde su definición, el juicio se refiere a la etapa plenaria o contradictoria del proceso<sup>41</sup>. Otros, que representan la opinión prevaleciente en el país, consideran que el juicio equivale a todo el proceso judicial, comprendiendo, por consiguiente, la instrucción y el plenario<sup>42</sup>.

<sup>40 bis</sup> Durante la vigencia de la anterior ley concursal, la acción penal emergente de los delitos de quiebra (C.P. 176, 177 y 178) y concurso civil fraudulento (C.P. 179, primer párrafo), como la del delito del art. 180, segundo párrafo, se interrumpía por la deducción y trámite de la calificación comercial del acto (Ley 19.551 y 22.917, art. 243, segundo párrafo). La sustitución de esa legislación por la ley 24.552, que derogara expresamente la anterior (art. 293), al no prever el trámite de calificación mencionado ni contener una regla similar a la del antiguo art. 243, segundo párrafo, eliminó esta causa de interrupción de la acción penal, particular para aquellos delitos.

<sup>40 ter</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 300; en igual sentido, De La Rúa, *Código Penal* cit., p. 1085, par. n° 107; Creus, *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., p. 375.

<sup>41</sup> Ver NUÑEZ, *La Ley*, t. 63, p. 559; *id.*, *Derecho penal argentino*, t. I, 187 y ss. Es el criterio seguido por los tribunales de Córdoba (Tribunal Sup. de Córdoba, Sala en lo Penal, 26-10-956, *Boletín Judicial de Córdoba*, t. II, vol. I, p. 21; *id.*, 11-8-965, *Boletín cit.*, t. IX, vol. 7, p. 436). Ver, además de las resoluciones de la Cámara Federal de Córdoba citadas por NUÑEZ, II, 188, nota 239, la de fecha 11 de junio de 1964 en el caso Parmentino, Alfonso y otros ss. aa. de hurto. Ver las observaciones de Genócrates sobre las opiniones contraria a esta tesis (*La Ley*, t. 127, nota al fallo 58.245). Véase también, T.S.J. Cba, s. 12 del 22/IX/988, en *Semanario Jurídico* n° 723 del 16/XII/989, p. 10, con nota de Daniel P. Carrera: *Actos procesales constitutivos de secuela del juicio a efecto de interrumpir la prescripción de la acción penal*.

<sup>42</sup> Ver Fernández de Moreda, *La Ley*, t. 87, p. 19; Maier, *Sobre la prescripción penal*, cit. N° II, 2; HUMBERTO S. VIDAL, *Derecho Penal*, Parte General, p. 512 y sgte., *Advocatus*, Córdoba, 1994. La reforma que introdujera la ley 24.316 al art. 64 del CP, al distinguir claramente entre el juicio y su etapa previa, pone en crisis esta idea, aportando un argumento sistemático no despreciable en favor de la tesis restrictiva. Cfr. ROBERTO SPINKA, *El art. 64 del Código Penal según ley 24.316*, *Semanario Jurídico* n° 1016, 22/12/994, p. 647.

Los actos interruptores son los del proceso judicial y no los de la prevención policial. "Secuela del juicio" no significa simplemente "juicio abierto"<sup>43</sup>, sino actos concretos y legalmente válidos de impulsión del procedimiento en lo que respecta a la acción penal<sup>44</sup>, seguidas contra un imputado determinado. No entran en esa esfera los actos del imputado, del defensor y del actor civil, así como los del Ministerio Fiscal cuando interviene en favor del imputado (ver, por ej., art. 444 del C. de P. de Córdoba y art. 433 del C.P.P. de la Nación).

Interrumpida la prescripción, queda sin efecto el tiempo transcurrido, y se inicia un nuevo término.

### 5. *Renuncia del agraviado*

La *renuncia* extingue la acción respecto de los delitos de acción privada (C. P., 59, inc. 4º). La *renuncia* es la dimisión por el agraviado u ofendido por el delito a su facultad de iniciar o proseguir el ejercicio de la acción penal privada. La renuncia, que es irrevocable, aunque puede ser condicionada, opera por sí, sin necesidad de la aceptación del beneficiario. Éste, por consiguiente, no puede renunciar a sus efectos.

La renuncia debe ser expresa<sup>45</sup>, salvo si el ofendido hubiere renunciado a la acción civil emergente del delito o hubiese hecho convenidos sobre el pago del daño<sup>46</sup>, caso en el que se tendrá por renunciada la acción criminal privada (C. C., 1097)<sup>47</sup>. La renuncia no exige formalidades determinadas, pero si fuera hecha fuera de la causa en una forma no amparada por la fe pública, para hacerla valer en aquélla, debe ser ratificada.

<sup>43</sup> Sobre la razón de que así sea, NUÑEZ, *La Ley*, t. 63, p. 560, Nº II.

<sup>44</sup> Sobre cuáles actos los tribunales han calificado -aunque no siempre con acierto- como "secuela del juicio", ver Maier, ob. cit., Nº 1, I b.

<sup>45</sup> La Corte Suprema y los Tribunales Superiores locales han considerado inconstitucional que los códigos procesales dispongan el desistimiento tácito de la acción privada (ver nuestra nota, *Una regla que se debe derogar* [art. 449 inc. 1º del C. de P. P.], "*Comercio y Justicia*", Córdoba, 11 de octubre de 1970). El C.P.P. de Córdoba, ley 5154, en su art. 453 disponía que "Se tendrá por desistida la acción privada: inc. 1º) Si el procedimiento se paralizare durante un mes por inactividad del querellante o su mandatario y éstos no lo instaren dentro del tercer día de notificárseles el decreto, que se dictará aún de oficio, por el cual se les prevenga el significado de su silencio", con lo que convirtió la disposición en una regla de renuncia tácita, fundada en la omisión de instar el trámite. La conversión fué también objetable, porque no le corresponde a la ley procesal tipificar formas de renunciaciones tácitas al ejercicio de las acciones penales privadas ni establecer los casos en que el querellante tiene la obligación de obrar porque ello es materia de la ley nacional. NUÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado*, nota 1 al art. 453, p. 423, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1986. El Código vigente, por imperio de la ley 8123, mantiene el problema, al contener un inc. 1º similar, en su art. 430, que se refiere a esta hipótesis como causa de "renuncia de la acción privada". Véase también, la tesis de SOLER como procurador general de la nación en 1958, en *Fallos*, t. 244: 568; también, *La constitucionalidad de los arts. 422 inc. 1º y 423 del C.P.P. de la Nación*, de EDUARDO ANDRÉS BERTONI, Nueva Doctrina Penal, 1996 -A, p. 177 y sgtes.

El efecto activo de la renuncia es *personal*, pues no perjudica a todos los ofendidos por el delito, sino sólo al renunciante y a sus herederos (C. P., 60). Su efecto pasivo no es objetivo, y depende del renunciante extenderla a uno o más partícipes en el delito<sup>48</sup>.

#### 6. Oblación voluntaria<sup>49</sup>

Se trata de otra causa de extinción de la acción penal no enumerada en el art. 59 del Código, que es científicamente objetable<sup>50</sup> y tiene, en cuanto a sus efectos, un carácter personal, por lo que si el delito ha sido obra de varios partícipes, se extingue la acción sólo respecto de aquel que hizo el pago. Pese a que éste significa reconocimiento de la responsabilidad, no coloca al imputado en la condición de condenado<sup>51</sup>.

La causal funciona respecto de los delitos reprimidos únicamente con multa; no, si además media otra pena, alternativa, conjunta, accesoria o complementaria<sup>52</sup>. Se admite, interpretando analógicamente *in bonam partem* la regla, que sería factible un pago con las facilidades que establece el art. 21<sup>53</sup>.

El objeto de la oblación voluntaria<sup>54</sup> deber ser: 1º) el *mínimum* de la multa correspondiente al delito imputado, en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio o el *máximum* de la multa correspondiente, si se hubiera iniciado el juicio y, 2º) la reparación de los daños causados por el delito. El "*maximum de la multa*" es el que la ley fija en abstracto para el delito imputado, que puede estar establecido de manera fija (vgr., C.P. 108) o tener que esta-

<sup>46</sup> Aunque la transacción no se hubiere hecho con algunos de los responsables criminalmente del delito, sino con un tercero responsable civilmente, porque el art. 1097 no distingue al efecto y en ambos casos existe la misma razón jurídica para tener por renunciada la acción criminal, que es la desaparición del interés privado ante la indemnización recibida (Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital, 5-10-934, Fallos, t. I, p. 936).

<sup>47</sup> El art. 1097 se refiere a los casos en que el agraviado puede renunciar a la acción penal, lo que sólo cabe cuando se trata de un delito de acción privada (Cámara Criminal y Correc. de la Capital, 5-10-928, J. A., t. 28, p. 739).

<sup>48</sup> Véase SOLER, II, § 74, VII.

<sup>49</sup> NUÑEZ, II, 196 y ss.

<sup>50</sup> NUÑEZ, II, 196 y sgte. La disposición importa una forma de "desjudicialización" del conflicto social por una vía conciliatoria. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, p. 649, 6ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1997; NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 287, nota 608. La ley 24.316 (B.O. 19/V/994), al modificar en su art. 6º el texto anterior de la regla, tuvo por fin una mayor aplicación de la extinción de la acción penal por medio del pago de la multa, porque "no es posible llevar a juicio oral a todos los casos que diariamente ingresan en el sistema penal" (informe de la Comisión de Legislación Penal, Cámara de Diputados de la Nación, junio 2 de 1993, p. 1288).

<sup>51</sup> NUÑEZ, II, 199.

<sup>52</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 288.

<sup>53</sup> JOSÉ DANIEL CESANO, *La multa como sanción del Derecho Penal Común: realidades y perspectivas*, p. 105, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995.

blecerse en el caso concreto (vgr., C.P. 262)<sup>55</sup>. La reparación de los daños causados por el delito son los que surgen del daño material y moral causados a todos los que tengan derecho a esa reparación, como directa o indirectamente damnificados, y las costas (C.P. art. 29; C.C. art. 1078, 1079 y correlativos). Pero el pago de esta reparación es obligatorio sólo si se ha reclamado por el damnificado, que es el titular del derecho reparatorio<sup>56</sup>.

Cualquiera sea de las dos previstas la oportunidad en que se efectúe el pago, el imputado, además, “deberá abandonar en favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena” (artículo 64 § 3º). Tales objetos son los señalados por el artículo 23 del C.P.

El imputado puede recurrir a este procedimiento sólo en dos oportunidades, la segunda de ellas, cuando “el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior”.

## 7. Suspensión del Juicio a Prueba<sup>56 bis</sup>

### I - Concepto

La ley 24.316 introdujo en el Código Penal, en el Título XII del Libro

<sup>54</sup> Vale decir, por propia decisión unilateral o por convención con el ofendido por el delito. No, por mandato judicial, pero sí por transacción judicial o extrajudicial. NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 289.

<sup>55</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 288.

<sup>56</sup> NUÑEZ, ob. y loc. cit.. La exigencia plantea la cuestión de si el reclamo puede efectuarse en cualquier sede, como piensa DE LA RUA, Código cit., 2ª ed., p. 1106, o si supone la constitución del damnificado como actor civil en el proceso penal, como parecieran entender LAJE ANAYA-GAVIER, *Notas* cit., p. 363, nota 23 ter.

<sup>56 bis</sup> Sobre la base de que la Constitución Nacional no impone el principio de legalidad, se generó entre nosotros una corriente de opinión que, distinguiendo dos momentos en la acción penal (el inicial de su promoción y el posterior de su ejercicio), propugnó morigerar en mayor medida el principio de legalidad, consagrando el principio de oportunidad, claro que una oportunidad reglada y limitada al área del ejercicio de la acción penal; no, al de su inicio. La idea, fué receptada por la ley 24.316, que incorporó al Código Penal la suspensión del juicio a prueba. Ver José. I. Cafferata Nores, *Reflexiones sobre los problemas constitucionales y procesales que plantea el principio de oportunidad en el Derecho Argentino*, en las 12ª Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Mendoza, octubre de 1988, publicación de la Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, p. 100 y ss. Para CARLOS CREUS, *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., p. 495, la admisión del principio es relativa. Pese a las resistencias que genera el principio de oportunidad, se ha demostrado empíricamente que tiene vigencia en los hechos, a través de los mecanismos informales de selección de causas que llegan a sentencia, empleados por los Tribunales. Cfr. GUSTAVO COSACOV, *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1988.



Primero<sup>57</sup>, los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater, que regulan la suspensión del juicio a prueba. El instituto, que se aproxima por sus fundamentos a la condenación condicional diferenciándose de ella por la forma y oportunidad de su otorgamiento, procura la evitación de condenas<sup>58</sup>, impidiendo la estigmatización del delincuente y la saturación del sistema judicial penal<sup>59</sup>. A ello se llegaría, una vez concluida la pertinente investigación judicial, mediante la suspensión de la siguiente etapa del proceso penal, el juicio, sometiendo al imputado al cumplimiento de condiciones, las cuales están sujetas a control y vigilancia, durante un plazo legal. Cumplidas las condiciones esenciales que a este fin establece la ley, en el plazo fijado por el Tribunal, su resultado es la extinción de la acción penal. La concesión de la suspensión constituye una facultad del Tribunal, sometida al cumplimiento de los requisitos que la tornan procedente.

## II - Requisitos

### a) *Delitos comprendidos.*

Debe tratarse de un delito de acción pública, ya sea ejercitable de oficio (C.P. 71) o dependiente de instancia privada (art. 72), reprimido, en abstracto, con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años. En los casos de concurso de delitos (C.P. 54 y 55) el máximo está dado, también en abstracto, por la pena legalmente posible para dicho concurso. Es también admisible en los casos en que se prevea multa aplicable en forma conjunta o alternativa (76 bis 5to párr.)<sup>60</sup>. En este supuesto, es condición que se pague el mínimo previsto (infra 3).

Por consiguiente, quedan excluidos los delitos o el concurso de éstos reprimidos con pena privativa de la libertad superior a aquel máximo, con multa como pena única y los reprimidos con inhabilitación como pena principal, conjunta o alternativa; también, los delitos en los que hubiese participado un funcionario

<sup>57</sup> Ubicación sistemática que ha sido criticada porque, se dice, atendiendo a los efectos del nuevo instituto, era aconsejable su mención en los arts. 59 y 67 del CP. AIDA TARDITTI, *Probation (ley 24.316): lo bueno y lo malo*, Semanario Jurídico n° 994, 21/VII/994, p. 41. Sobre la admisión del instituto en las leyes complementarias, *Dos nuevas causales de extinción de la acción penal (art. 14 de la ley 23.771 y art. 18 de la ley 23.737)*, ROBERTO E. SPINKA, Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, vol. 1, n° 2, año 1993, Nueva Serie, p. 609 y ss.

<sup>58</sup> DE LA RUA, *Código cit.*, p. 1167 y sgte.

<sup>59</sup> CARLOS EDWARDS, *La probation en el Código Penal Argentino*, ley 24.316, ps. 36 a 38, 2ª ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1997.

<sup>60</sup> La hipótesis de la multa ha generado objeciones, ver TARDITTI, ob. cit., p. 41. La previsión de la reclusión, polémica. Autora, ob. y loc. cit.; LAJE ANAYA-GAVIER, ob. cit., p. 412, nota 6; MARCELO J. SAYAGO, *Suspensión del juicio a prueba. Aspectos conflictivos*, p. 33 y nota 16, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1996.

público en el ejercicio de sus funciones, aunque no se trate de delitos especiales<sup>61</sup> y los previstos por la ley 23.737, que establece un régimen análogo<sup>62</sup>.

b) *Solicitud del imputado.*

La exigencia responde al derecho constitucional que tiene “toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal”<sup>63</sup>. Por consiguiente, es un requisito imprescindible<sup>64</sup>, que excluye una actuación de oficio por el Tribunal<sup>65</sup>. Supuesto que la imputación hubiera sido formulada contra varios partícipes, requiriendo el trámite sólo uno de ellos, el juicio se suspenderá en relación a quien lo solicitó<sup>66</sup>.

Frente al vacío legislativo referido al momento en que debe formularse la solicitud de suspensión del juicio<sup>67</sup>, se han producido diversas opiniones: en relación al término inicial, para unos, la solicitud es admisible luego que se recepta declaración al imputado<sup>68</sup>, en tanto otros postulan que lo es a partir de los actos con que se inicia la etapa del juicio<sup>69</sup>. En lo que atañe al término final, se piensa que la solicitud es procedente hasta que se inicia el debate<sup>70</sup> o mientras no se disponga su clausura<sup>71</sup>.

c) *Ofrecimiento de reparar el daño.*

Al solicitar la suspensión del juicio, el imputado debe ofrecer la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de su responsabilidad civil. La exigencia presupone la intervención del damnificado en el proceso penal como actor civil<sup>72</sup>.

<sup>61</sup> TARDITI, ob. cit., p. 43.

<sup>62</sup> La exclusión es legal: ley 24.316, art. 10. Esta disposición se refiere también a la ley 23.737 (luego sustituida por ley 24.769 [B.O. 15/I/997]), que, sin embargo, no establecía la *probation*. Cfr. CARLOS A. CHIARA DIAZ, *Ley penal tributaria y previsional n° 23.771*, p. 231, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990.

<sup>63</sup> Mensaje del Poder Ejecutivo de la Nación, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 19/V/993, pág. 331. La exigencia tendió a aventar cualquier impugnación referida a su constitucionalidad. SAYAGO, ob. cit., p. 21 y nota 10.

<sup>64</sup> LAJE ANAYA-GAVIER, ob. cit., p. 413, nota n° 7.

<sup>65</sup> TARDITI, ob. cit. p. 43.

<sup>66</sup> DE LA RUA, ob. cit., p. 1170, quien aclara que la eventual sentencia condenatoria de los que no optaron no modifica la situación de los que sí lo hicieron, salvo que se den las condiciones del art. 76 ter, 3er párr., con la limitación a los supuestos que menciona en nota 19.

<sup>67</sup> Admite ese vacío legislativo, el T.S.J. Cba, s. n° 37 del 6/VIII/997, *Semanario Jurídico* n° 1163, 16/X/997, p. 428, con nota de DANIEL PABLO CARRERA.

<sup>68</sup> Tesis amplia, de la que participan CARLOS A. OCHOA, *La suspensión del juicio a prueba*, L.L. 21-VII-95, p. 2, y DE LA RUA, ob. cit., p. 1170.

<sup>69</sup> SAYAGO, ob. cit., p. 125, quien procesalmente, se refiere al decreto de citación a juicio.

<sup>70</sup> T.S.J. Cba, en sentencia citada en nota 67.

<sup>71</sup> CREUS, ob. cit., p. 498. DE LA RUA, ob. cit., p. 1171, objeta que la ley se refiere a la suspensión del juicio, no a su interrupción.

<sup>72</sup> TARDITI, ob. cit., p. 44. Pero el punto se discute: con serios argumentos, SAYAGO, ob. cit., p. 39 y sgtes. Sobre las hipótesis de reclamo iniciado en sede civil o de comparendo espontáneo en el proceso penal, DE LA RUA, ob. cit., p. 1172.

El ofrecimiento debe ser razonable, a criterio del Tribunal, quien debe resolver por decisión fundada, atendiendo a la medida del daño y las posibilidades económicas del imputado<sup>73</sup>. El damnificado puede aceptar o rechazar el ofrecimiento y, en este caso, le queda expedita la vía civil, sin que su rechazo, habiendo considerado razonable el ofrecimiento el Tribunal, perjudique la suspensión del juicio. Una vez declarada la suspensión, son inaplicables las reglas de prejudicialidad de lo penal a lo civil de los arts. 1101 y 1102 del C.C.

d) *Concurrencia de las condiciones previstas en el art. 26 C.P.*

El análisis de si procedería una condenación condicional, conforme a las pautas previstas en el art. 26 C.P., constituye un requisito más para la concesión del beneficio<sup>74</sup>, que demanda del Tribunal una estimación favorable sobre la posibilidad de que, en caso de condena, la pena no será de cumplimiento efectivo<sup>75</sup>.

e) *Consentimiento fiscal.*

La concurrencia de un dictamen favorable del Fiscal, sobre la existencia en el caso de los requisitos que tornan procedente la solicitud, es indispensable, impidiendo la concesión del beneficio su rechazo<sup>76</sup>.

f) *Abandono de bienes sujetos a decomiso.*

El abandono de los bienes que presumiblemente serían objeto de decomiso en caso de condena, implica el desprendimiento material de su posesión por el imputado, con la mira de no continuar en su dominio. El abandono de esos bienes, que son los mencionados por el art. 23 del CP, a diferencia de lo que ocurre en el art. 64, no es definitivo porque llevado a cabo el juicio, le pueden ser restituidos<sup>77</sup>.

### III - Efectos y condiciones.

Declarada la suspensión del juicio, por un término que será fijado por el Tribunal entre uno y tres años según la gravedad del delito<sup>77 bis</sup>, la acción penal se suspende por ese tiempo, sin que ello obste a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder. La subsistencia de la suspensión queda sometida al cumplimiento de determina-

<sup>73</sup> EDWARDS, ob. cit., p. 56.; DE LA RUA, ob. cit., p. 1171.

<sup>74</sup> DE LA RUA, ob. cit., p. 1174.

<sup>75</sup> SAYAGO, ob. cit., p. 29 y sgte.

<sup>76</sup> EDWARDS, ob. cit., p. 58; SAYAGO, ob. cit., p. 54. Piensan que el beneficio puede proceder, pese a la negativa del Fiscal, LAJE ANAYA-GAVIER, p. 416, nota n° 19. La falta de conformidad del Fiscal no es revisable (DE LA RUA, ob. cit., p. 1174), pero, se piensa, la ley procesal podría establecer un mecanismo de control de la negativa por un superior jerárquico (TARDITTI, ob. cit., p. 43).

<sup>77</sup> LAJE ANAYA-GAVIER, ob. cit., ps. 418 y 364, notas 21 y 26 respectivamente.

<sup>77 bis</sup> Para DE LA RUA, ob. cit., p. 1176, el plazo, en orden a las reglas de conducta, es prorrogable en caso de incumplimiento conforme lo dispone el art. 27 bis, porque media remisión *in totum*.

das condiciones a cargo del imputado: no cometer nuevos delitos, reparar los daños en la medida que hubiera ofrecido y aceptara el damnificado, y la observancia de las pautas de conducta que, de conformidad a lo previsto por el art. 27 bis, le impusiera el Tribunal.

#### IV - *Revocación.*

El beneficio es revocable si, con posterioridad, se conocieran circunstancias que resultan de elementos incorporados luego de declarada la suspensión, pero dispuestos antes de ese momento y que eran ignorados por el Tribunal<sup>78</sup> que: a) modifican el máximo de la pena aplicable (vgr., porque las lesiones leves no son tales, sino graves o gravísimas) o, b) hacen variar la estimación acerca de la condicionalidad de la posible condena (vgr. si con la posterior incorporación del informe del Registro de Reincidencia, se conoce la existencia de una condena anterior sin que hubieren transcurrido los términos del art. 27). También, si durante el tiempo fijado por el Tribunal, el imputado no cumple con las condiciones que le fueran impuestas (supra 3). Dispuesta la revocación, el juicio se llevará a cabo pero, si mediara absolucón, se le devolverán los bienes abandonados y la multa pagada, no así, la reparación que hubiera cumplido.

La realización del juicio importa que la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso, siempre que aquél se hubiera realizado por haber cometido el imputado un nuevo delito. No, si la revocatoria obedece al incumplimiento de las otras condiciones<sup>79</sup>.

#### V - *Extinción de la acción penal.*

Cumplido el tiempo establecido por el Tribunal, sin que el imputado cometa un nuevo delito, habiendo reparado los daños en la medida ofrecida y observado las pautas de conducta impuestas, la acción penal se extingue.

#### VI - *Segunda suspensión*

La suspensión del juicio podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito hubiera sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiere sido suspendido el juicio en el proceso anterior, con prescindencia de si el nuevo delito es doloso o culposo<sup>80</sup>. La regla no rige para quienes incumplieran las reglas fijadas en una suspensión anterior.

<sup>78</sup> TARDITTI, ob. cit, p. 45.

<sup>79</sup> Sobre las posibles interpretaciones de la limitación, DE LA RUA, ob. cit., p. 1176.

<sup>80</sup> LAJE ANAYA-GAVIER, ob. cit., p. 423, nota 33.



## Capítulo II

### EXCUSAS ABSOLUTORIAS<sup>1</sup>

La punibilidad de los hechos típicos, antijurídicos y culpables puede ser excluida, además que por la improcedencia del ejercicio de la acción penal, por la concurrencia de una *excusa absolutoria de responsabilidad*.

Las *excusas absolutorias*, que en el Código penal no están reguladas en la Parte general, sino en particulares disposiciones de la Parte especial<sup>2</sup>, son circunstancias que sin afectar la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, en atención a razones de política criminal, eximen de pena al *autor* de determinados delitos (C. P., 43, 111, inc. 3º, 116, 117, 185, 217, 232 y 279) o al *delito* en sí (art. 88, 2º disp.).

Las razones que fundamentan las distintas excusas son diferentes. Puede ser el arrepentimiento activo (arts. 43, 117 y 217)<sup>3</sup>, la voluntad del ofendido (art. 111, inc. 3º)<sup>4</sup>, la preservación del grupo familiar (art. 185)<sup>5</sup>, la protección del mayor interés de la víctima (art. 132)<sup>6</sup> o la evitación del mayor perjuicio social (art. 88, 2ª disp.)<sup>7</sup>.

Las excusas absolutorias no son causas de extinción de la acción. Su poder liberatorio no reside, como en aquellas causas, en el aniquilamiento de la potestad de perseguir el delito, sino, en una razón que opera a pesar de la subsistencia de esa potestad.

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, Nº 1959 y ss., expone los distintos puntos de vista sobre el asunto; BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, § 6, I; José Manuel NUÑEZ, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, p. 910; Iturbe, *Enciclopedia cit.*, p. 472; Varela, *Cuadernos de los Institutos* Nº 50, Universidad Nacional de Córdoba, p. 47, en especial, ps. 107 y ss.

<sup>2</sup> El Proyecto de 1951 (arts. 32 a 36) y el Código Uruguayo (bajo el epígrafe de "causas de impunidad", arts. 36 a 45), aunque sin dar un concepto general de las excusas absolutorias, las agrupan en un capítulo de la Parte General.

<sup>3</sup> NUÑEZ, II, 337; IV, 196, VI, 227.

<sup>4</sup> NUÑEZ, IV, 112.

<sup>5</sup> NUÑEZ, V, 551.

<sup>6</sup> NUÑEZ, IV, 392..

<sup>7</sup> NUÑEZ, III, 181.

Hay dos clases de excusas absolutorias: unas *ab initio* de la punibilidad, y otras, dada la punibilidad por la comisión del delito, su concurrencia la hace cesar (v. gr., art. 132)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> BACIGALUPO, ob. cit., p. 96.

## Séptima Parte

### **GRADOS DE LA IMPUTACIÓN DELICTIVA<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Con amplísimo desarrollo, JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, tít. III, p. 203. También FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 2ª ed.; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Ediar, 1973, p. 671.





## I. Actos preparatorios

La realización del delito transcurre desde el proceso interno de la idea y voluntad criminales hasta la consumación del delito (*iter criminis*)<sup>2</sup>.

El principio *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>3</sup> no alude al límite mínimo de la imputación delictiva, sino a un tramo de la gestación del delito que, por regla, las leyes no castigan. Pero, además del pensamiento delictivo existe otro tramo en el camino de la realización del delito, que también por regla, es impune delictivamente. Es lo que constituye la *preparación* del delito (*actos preparatorios*). Estos actos no implican *ejecución* del delito, que es lo punible, sino que son actos que en sí mismos no son idóneos para realizarlo, y mediante los cuales el agente se limita a disponer lo conveniente para llevar a cabo su ejecución. Por consiguiente, tales actos no entrañan un inequívoco peligro inmediato para el bien que protege la pena respectiva. Los actos del que examina el lugar y prepara la llave con que abrirá la puerta de la casa para después apoderarse de lo ajeno, y los del que carga el arma para usarla contra un tercero, no engendran por sí un peligro de realización cierta para el bien penalmente protegido. Esos individuos, que todavía no han comenzado a delinquir y cuyos comportamientos no han generado, por consiguiente, un efectivo peligro de comisión de un delito, sólo pueden violar las leyes del ordenamiento administrativo-preventivo respecto de la seguridad de los bienes y de las personas en general. No constituyen una excepción a la impunidad de estos actos preparatorios, los casos en que el C.P. castiga como delitos consumados determinados hechos que representan conductas de tendencia delictiva ulterior (vgr. C.P. 210, 216, 299), pues en estos casos la consumación del primer delito no representa una etapa del *iter criminis* (o camino del delito) del hecho delictivo que se ha determinado a cometer<sup>3 bis</sup>.

<sup>2</sup> Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, II, N° 1984.

<sup>3</sup> Sobre este fragmento de ULPiano (fr. 18 *Digesto, de poenis*, libro 48, tít. 19), ver MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Ristampa, Nápoli, 1934, ps. 10 y ss.

<sup>3 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 160 y sgte.

## I. Tentativa <sup>4</sup>

### 1. Concepto

El artículo 42 del Código penal, a título de *tentativa* y de acuerdo con la legislación prevaleciente, recién castiga, como tramo de la exteriorización de la intención delictiva, al que, con el *fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad* (art. 42).

La tentativa no es un delito distinto e independiente del pertinente delito consumado, sino una ampliación de la imputación delictiva perfecta que ese delito representa. El castigo de la tentativa atiende a que el comienzo de ejecución de un delito determinado, involucra de manera inequívoca el peligro de que se concrete el daño o el peligro inherente a la consumación de ese delito.

Con arreglo al artículo 42, los elementos de la tentativa son tres: *el fin del autor, el comienzo de ejecución del delito y su no consumación por causas ajenas a la voluntad del autor*.

### 2. Fin del autor<sup>5</sup>

El artículo 42 del Código penal exige que el autor de tentativa obre con *el fin de cometer un delito determinado*. Esto requiere el *dolo directo*, consistente en la intención de cometer el delito. El que obra sin prever o querer el delito (culpa), así como el que lo hace previéndolo como probable (dolo eventual), no tiene al delito de que se trata como objeto o motivo de sus actos y, por consiguiente, no actúa con el fin propio de la tentativa<sup>6</sup>. El dolo del autor de tentativa no coincide siempre con el dolo admitido por el delito consumado, ya que éste puede admitir dolo eventual o dolo indirecto: el dolo de la tentativa debe adecuarse al particular modo de ser del delito intentado por el autor, lo que no quiere decir que deba existir aquella coincidencia<sup>6 bis</sup>. El “fin de cometer un delito determinado”, como elemento de la tentativa, no es una resultante del hecho de que el correspondiente delito consumado lo requiera -lo que no sucede así- o del hecho de que el delito consumado *deba* ser doloso y que la tentativa sólo sea un tramo hacia ese delito, sino que es un elemento subjetivo que es ínsito en el concepto de la tentativa o intento de algo. Sólo intenta algo el que lo quiere hacer; no el que no lo quiere hacer, pero admite que suceda ese algo. El dolo de la tentativa no exige la premeditación y es compatible con un dolo de ímpetu. El fin del autor de la tentativa debe ser

<sup>4</sup> NUÑEZ, II, 311; SOLER, II, 203; FONTÁN BALESTRA, II, 355.

<sup>5</sup> Más detalles, en NUÑEZ, II, 315.

<sup>6</sup> Es la tesis aceptada por los precedentes del art. 42 y la interpretación doctrinaria y judicial; NUÑEZ, II, 317. En contra, ZAFFARONI, *Teoría del delito* cit., p. 676.

<sup>6 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 166 y nota 339.

cometer un delito determinado, es decir, un hecho configurado como delito por la ley penal. No existe una tentativa si el autor obra con el fin de cometer un hecho que por error o ignorancia considera delictivo (delito putativo) porque, en tal caso, la conducta del autor no puede constituir el peligro que fundamenta el castigo de la tentativa delictiva<sup>6 ter</sup>.

### 3. Comienzo de ejecución del delito<sup>7</sup>

El elemento material de la tentativa es el *comienzo de ejecución de un delito determinado* (art. 42)<sup>8</sup>. De esta manera, la tentativa significa un adelanto de la represión, la cual, en vez de recaer recién sobre el resultado consumativo del delito, alcanza la etapa anterior del *comienzo de ejecución* de éste.

Cualquiera que haya sido la fórmula de la tentativa adoptada por los legisladores, no ha resultado fácil hacer su distinción de los actos preparatorios. La fórmula del *comienzo de ejecución del delito*, que tiene su origen en el *commencement d'exécution* del Código francés de 1810 (art. 2º)<sup>9</sup>, se interpretó en dos formas diferentes por los autores y los tribunales.

La *tesis objetiva*, que toma como criterio la estructura típica de los actos objetivos, exige que los actos ejecutados por el autor sean actos de iniciación de la conducta que constituye el tipo delictivo<sup>10</sup>. Respecto del hurto recién sería un acto de ejecución el de poner la mano sobre la cosa; en el homicidio, lo sería disparar el revólver o tirar la puñalada contra la víctima; en la violación, el contacto externo de los órganos sexuales. Si se tratara de un tipo agravado, el comienzo de su ejecución se produciría con el primer acto de realización de la circunstancia agravante, por ej., en el hurto con escalamiento, al comenzar éste, y en el robo con fractura, al iniciarse ésta.

<sup>6 ter</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 167.

<sup>7</sup> Más detalles, NÚÑEZ, II, 320.

<sup>8</sup> Los precedentes legislativos acuñaron las fórmulas siguientes: "ejecución de actos exteriores que tienen por objeto la consumación o la preparación del crimen" (Proyecto Tejedor); "dar principio a la ejecución del delito por actos directos" (Proyecto de 1881); "actos exteriores que tengan relación directa con el delito" (Cód. del 86; Proy. de 1906); "actos exteriores que tengan relación directa e inequívoca con el delito". La fórmula vigente fue introducida por la comisión del Senado revisora del Proy. de 1917. La conservan los Proyectos Coll-Gómez y las de 1951 y 1974. La modifican el Proyecto Peco ("actos idóneos dirigidos inequívocamente a la comisión de un delito") y de 1960 ("comienza su ejecución con actos idóneos e inequívocos"). La variedad de las fórmulas denota la inestabilidad de los conceptos. La fórmula del 86 fue explicada por RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, p. 273, § 3, y criticada por restrictiva por JULIO HERRERA, *La Reforma penal*, N° 296.

<sup>9</sup> Sobre ella, GARÇÓN, *Code penal annoté*, Nouvelle edition, 1952, t. I, ps. 25 y ss.; DONNADIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation penal comparé*, 1947, ps. 131 y ss.

<sup>10</sup> SOLER, II, § 49, I y IV. Esta teoría prescinde de que lo que el art. 42 deja impune no son los actos cuya materialidad no alcanza a penetrar en el ámbito de la coautoría o complicidad criminal, sino sólo los actos que se limitan a preparar la comisión de un delito, pero no los actos constitutivos de las conductas inmediatamente tendientes a consumir ya la finalidad que mueve al autor. NÚÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 169 y Nota a fallo, *Una cuestión de tentativa*, *Semanario Jurídico* n° 199, 7/XII/1981, p. 344.

La tesis *subjetivo-objetiva*, que atiende al significado de los actos, considera que hay comienzo de ejecución si el autor realiza actos demostrativos de que ha puesto en obra su finalidad delictiva<sup>10bis</sup>.

La última es la tesis correcta. El "comienzo de ejecución" no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumir el delito, sino, también, los comportamientos que careciendo en sí mismos de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer el delito<sup>11</sup>. No es necesario, v. gr., que quien intenta robar tome la cosa, sino que basta que con la finalidad de apoderarse de ella, debidamente probada por otros medios, entre a la casa ajena<sup>12</sup>; ni es preciso que la finalidad de acceder carnalmente a la víctima por la violencia se traduzca por el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurriendo el propósito de cometer la violación, resultan suficientes otros actos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ej., derribar a la víctima y ponerse en posición adecuada<sup>13</sup>.

Concebido así el *comienzo de ejecución*, se amplían las posibilidades de admisión de la tentativa. Esta no sólo será compatible con los delitos materiales y con los delitos formales, como sucede con la injuria y la revelación de secretos<sup>14</sup>, sino que podrá existir siempre que la naturaleza del delito admita, antes de su consumación, conductas que no siendo de simple preparación del delito, resulten atípicas, pero sintomáticas, por su inmediata conexión y por su sentido, respecto a que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva.

De acuerdo con ese punto de vista, que no reduce la tentativa al círculo de los comportamientos alcanzados por el tipo delictivo, ya no es posible

<sup>10 bis</sup> Tal es, en esencia, la interpretación prevaleciente en Francia (DONNADIEU DE VABRES, ob. cit., Nos. 23 y 232; GARÇON, t. I, cit., p. 24, Nos 49 y ss.). A partir de *Las Disposiciones* cit., NUÑEZ denominó a esta teoría, tesis subjetiva (p. 170, nota 347).

<sup>11</sup> Véase NUÑEZ, II, 320 y ss., y con mención de la doctrina alemana coincidente, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966, ps. 103 y ss. Según el Proyecto alemán de 1962, § 26, párr. 2º: "Al comienzo de ejecución lo constituye una acción mediante la cual el autor comienza con la realización del tipo o se dispone directamente a hacerlo".

<sup>12</sup> Tribunal Superior de Córdoba, Sala en lo Penal y Correccional, 24-II-970, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 7 de mayo de 1970. Pero, por el contrario, no realiza un acto de ejecución sino de preparación del hecho, el que con el designio de sustraer la cosa ulteriormente, entra a la casa para comprobar su ubicación.

<sup>13</sup> Tribunal Superior de Córdoba, Sala en lo Penal y Correccional, 24-4-957, *Boletín Judicial de Córdoba*, 1958, p. 304. Piensa JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 563, que en el caso "los actos de coito estaban positivamente iniciados". Empero, es evidente que el agente no había realizado ningún acto comprendido en el concepto legal "tener acceso carnal", y que sólo lo quería tener. Ver, también, nuestra nota a la sentencia de la Cámara Sexta Crim. y Correc. de Córdoba, 26-9-968, J. A., mayo 8 de 1969, fallo 1465, y Cámara Segunda Penal de Tucumán, 10-3-966, *La Ley*, t. 123, p. 995, Nº 14.107-S, III.

<sup>14</sup> Por ejemplo, los obstáculos o la distancia que impiden que la voz del injuriador sea oída; o la carta injuriosa o violadora del secreto puede extraviarse.

seguir rechazando la compatibilidad de la tentativa con los delitos de simple actividad<sup>14 bis</sup>.

#### 4. Falta de consumación del delito

La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado. A diferencia de las legislaciones inspiradas en los clásicos italianos, el Código penal no distingue entre *tentativa* y *delito frustrado*, según que el autor no haya hecho todo lo necesario para lograr la consumación (*tentativa*) o lo haya hecho (*delito frustrado*)<sup>15</sup>.

La consumación del delito consume su tentativa, y, entonces, el castigo se determina por aquél y no por ésta.

La tentativa requiere que la falta de consumación del delito se deba a *circunstancias ajenas a la voluntad del autor*. Tienen este carácter las circunstancias subjetivas (como la impotencia, el error de cálculo, el temor<sup>16</sup>, etc.) u objetivas, (como la resistencia de la víctima o los obstáculos<sup>17</sup>) que siendo extrañas a la intención del autor, lo determinan a abandonar la ejecución del delito, impiden que la prosiga<sup>18</sup> o que, agotada la ejecución, se produzca el resultado<sup>19</sup>.

#### 5. Impunidad de la tentativa

El autor de tentativa no está sujeto a pena cuando desiste voluntariamente del delito (C. P., 43). El precepto no supone la inexistencia de una tentativa, sino su existencia<sup>19 bis</sup>.

<sup>14 bis</sup> En el mismo sentido y aprobando las sentencias del Tribunal Supremo de España que admiten la tentativa de adulterio, GIMBERNAT ORDEIG, *El autor y el cómplice*, cot., p. 106. Ver RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, t. II, Madrid, 1947, p. 3811.

<sup>15</sup> Sobre el delito frustrado, CARRARA, *Programa*, §§ 399 y ss. Los alemanes hablan de *tentativa inacabada* y *tentativa acabada* (MEZGER, II, § 54, II). Aceptan la distinción entre tentativa y delito frustrado los proyectos de 1881 (arts. 10, 11 y 12) y de 1960 (arts 11 y 12), pero mientras el primero, a los efectos del castigo considera a la tentativa en un grado menor e inmediato al delito frustrado, el segundo los equipara. Ver nuestra crítica al Proyecto de 1960 en Cuadernos de los Institutos, N° 50, Universidad Nacional de Córdoba, p. 17. El redactor cambió de criterio de acuerdo con el pensamiento de la comisión Consultiva y Revisora del Anteproyecto (*Síntesis de observaciones y modificaciones propuestas en la encuesta realizada sobre el proyecto de código penal del Poder Ejecutivo*, año 1960, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1962, p. 17).

<sup>16</sup> Por ejemplo, de que le fallase el arma (Sup. Corte de Tucumán, 27-7-940, *La Ley*, t. 20, p. 457).

<sup>17</sup> Por ejemplo, el oportuno funcionamiento del mecanismo de seguridad predispuesto (C. N. Crim. y Correc., Sala de Cámara, 22-3-968, *La Ley*, t. 131, fallo 60.359).

<sup>18</sup> Por ejemplo, si el autor huye por terror o es dominado por la víctima.

<sup>19</sup> V. gr., si el autor no pudo dar en el blanco, sea por su mala puntería o por la habilidad de la víctima.

<sup>19 bis</sup> Cfr. Cámara de Acusación de Córdoba, A.I. n° 108, 10/6/994, ADRIANA MANDELLI, *Cámara de Acusación. Criterios procesales y sustanciales*, T. Actualización, p. 397, caso n° 435, Advocatus, Córdoba, 1996.

Hay *desistimiento voluntario* si el autor no prosigue su conducta ejecutiva del delito, porque ha cambiado definitivamente de actitud respecto de su finalidad de consumarlo<sup>20</sup>. No cambia de actitud en ese sentido, el que simplemente suspende la ejecución para realizar el delito en otro tiempo, en otro lugar, sobre otra persona<sup>21</sup> o de cualquier otro modo<sup>22</sup>. No hay cambio de opinión si el autor ha sido forzado a adoptar una nueva actitud. Pero no puede considerarse forzado el cambio de opinión determinado por el temor a la pena, porque la ley no puede castigar a quien la obedece. No es necesario que el cambio de opinión se deba al arrepentimiento o que sea espontáneo: el desistimiento no deja de ser voluntario porque el autor no haya sentido pesar por su conducta delictiva<sup>23</sup>, o porque haya mudado de idea por la acción persuasiva de un tercero.

También existe *desistimiento voluntario del delito* si el autor impide su consumación. Sucede así si, agotado el proceso ejecutivo del delito desenvuelto por el autor, por arrepentimiento o sin él, aquél ha evitado o ha contribuido eficazmente a evitar que se consuma el delito, pues en ambos casos, a la no consumación se agrega la voluntad del autor, oportuna e idóneamente manifestada, de que aquélla no suceda.

El desistimiento voluntario del delito tiene el carácter de una excusa absolutoria. Ésta se funda en el estímulo que representa el ofrecimiento de la impunidad como medio de impedir el delito. El efecto de la excusa es personal: el liberado de la pena es el "autor de tentativa" y no la tentativa. Los términos "autor de tentativa" no excluyen del beneficio al instigador y al cómplice que hubiesen logrado que el autor desistiera de la ejecución o evitado que el delito se consumase, o que hubiesen contribuido eficazmente para el logro de esos efectos<sup>24</sup>, pues los artículos 45 y 46 del Código penal amplían respecto de ellos la responsabilidad delictiva, pero con sus modalidades.

La impunidad se refiere a la tentativa del delito desistido, pero no a los delitos ya consumados por el autor: si el autor que ya ha lesionado a la vícti-

<sup>20</sup> Véase Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital, 13-5-932, fallos, t. 2, p. 245.

<sup>21</sup> Era la regla establecida por el art. 11 del Código de 1886, criticada por MOYANO GACITÚA, *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, 1899, p. 104, y RIVAROLA, *Exposición y crítica del código penal*, Buenos Aires, 1890, N° 63. En contra del texto, C. Penal Mercedes, 17-4-966, J. A., 6 de agosto de 1966, fallo 12.529, con nota favorable de GONZÁLEZ MILLÁN. Pero quien no insiste en el intento de homicidio al advertir que la víctima no es la persona que quiere matar, no cambia la actitud respecto del homicidio, sino que admite que una circunstancia ajena a su voluntad le impide consumarlo.

<sup>22</sup> Cfmes. Proyecto Tejedor (Parte I, libro I, título II, art. 4) y la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891 (1ª ed., ps. 80 y 81).

<sup>23</sup> V. gr., si el acto de violación no se consumó ante la mera queja de la víctima (C. Crim. Cap., 29-3-968, J. A., 1968-IV, fallo 15.855). Más ejemplos, en NUÑEZ, II, 336, nota 102. Ninguno de los casos trasluce pesar en el autor.

<sup>24</sup> Es lo que decimos en el *Derecho penal argentino*, t. II, p. 338. Lo que no implica, como cree FONTÁN BALESTRA, II, 403, asignarle un efecto objetivo al desistimiento del autor, extendiendo la impunidad a los cómplices, pues el beneficio para éstos supone su desistimiento.

ma, desiste voluntariamente de darle muerte, no está sujeto a pena por tentativa de homicidio, pero sí por lesiones<sup>24 bis</sup>.

#### 6. Pena de la tentativa<sup>25</sup>

La regla general es que la pena correspondiente a la tentativa, es la del delito consumado disminuida de un tercio a la mitad (C. P., 44, § 1º). Las opiniones se han dividido acerca de cómo debe hacerse la disminución de la pena del delito consumado.

a) Por un lado, se dice que el máximo de la pena establecida por la ley para el delito consumado debe disminuirse en un tercio y el mínimo en la mitad<sup>26</sup>. Según esta tesis, el artículo 44, § 1º, no se refiere a la pena aplicable al autor de la tentativa en el caso concreto, sino a la escala penal aplicable a ella. Esta interpretación conduce al resultado inadmisibles de que, en caso de delito castigado con prisión temporal de veinticinco años de máximo, el máximo de la pena de la tentativa (16 años y 8 meses) es superior al máximo de ella si el delito está reprimido con prisión perpetua (15 años [art. 44, § 3º])<sup>27</sup>.

b) Por otro lado, se opina que para establecer la pena que corresponde en el caso concreto al autor de la tentativa, el juez tiene que determinar en abstracto, dentro de la escala respectiva, la pena que, con arreglo a las circunstancias de los artículos 40 y 41, le correspondería al autor si hubiera consumado el delito, y disminuirle un tercio como mínimo o la mitad como máximo<sup>28</sup>. Esta tesis, que comienza por no determinar al escala penal para el delito tentado, sino su pena en el caso concreto, exige que, en primer lugar, la pena se individualice en relación a un delito que no se ha consumado, respecto del cual, por eso mismo, no se conocen las circunstancias atenuantes y agravantes particulares apreciables para fijar la condenación (art. 41), ya que las circunstancias propias de la tentativa podrían haber variado al consumarse el delito<sup>29</sup>.

El artículo 44, § 1º, establece, en realidad, como sus otros párrafos, una escala penal en abstracto, y no una escala penal o una pena para el caso concreto<sup>30</sup>. Esa escala penal es la del delito consumado disminuida en un tercio en su mínimo y en la mitad en su máximo<sup>31</sup>. Para aceptar esta interpre-

<sup>24 bis</sup> Cfr. Cámara 6ª del Crimen de Cba, sent. del 26/3/990, *Semanario Jurídico* 798, p. 12, con nota de DANIEL P. CARRERA: *Desistimiento válido en la tentativa. Remanente delictivo*.

<sup>25</sup> DE LA RÚA, JORGE, *La pena de la tentativa en el código penal* ("Cuadernos de los Institutos", N° 74, Univ. Nac. de Córdoba, p. 115).

<sup>26</sup> GONZÁLEZ ROURA, *Derecho penal*, t. II, 2ª ed., N° 158; MALAGARIGA, *Código penal argentino*, t. 1; Buenos Aires, 1927, ps. 307 y ss.; ODERIGO, *Código penal anotado*, ed. 1942, nota 152; Sup. Corte de Buenos Aires, 29-IV-947, J.A., 1947-II, p. 214.

<sup>27</sup> FONTÁN BALESTRA, II, 382.

<sup>28</sup> JOFRÉ, *El código penal de 1922*, Buenos Aires, 1922, p. 110; SOLER, II, § 51, I.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ ROURA, t. II, cit., p. 172.

<sup>30</sup> Cfme. DE LA RÚA, ob. cit., N° II.

<sup>31</sup> Es, en realidad, nuestra tesis en el *Derecho penal argentino*, aunque expresada erróneamente en el t. II, p. 469 (ver, como lo señala DE LA RÚA, el ejemplo de la p. 471).



tación, además, de otras razones admisibles<sup>32</sup>, basta señalar que ella salva las incongruencias derivables de las tesis mencionadas antes y concilia, así, los preceptos que ellas colocan en conflicto. Conviene recordar aquí, que la inconsecuencia jamás se supone en el legislador, y que por eso se reconoce como un principio inconcuso, que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que los concilie y deje a todas con valor y efecto<sup>33</sup>.

Esa escala penal general no corresponde si la pena para el delito consumado:

a) fuera de reclusión perpetua. Caso en el que la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años (art. 44, § 2º);

b) o fuera de prisión perpetua. Supuesto en que la pena de la tentativa será prisión de diez a quince años (art. 44, § 3º);

c) o fuera de inhabilitación absoluta perpetua, pues ésta no es una pena divisible a la que le sea aplicable la regla del § 1º, ni el caso tiene asignada una regla especial<sup>34</sup>.

### III. Delito imposible<sup>35</sup>

#### 1. Concepto. Requisitos.

El artículo 44, § 4º párrafo del Código penal establece la pena para el *delito imposible*, pero no lo define. El *delito es imposible*, si los actos ejecutivos de la finalidad delictiva del autor, ignorándolo éste, son inidóneos para consumir el delito.

La disposición no trata de la tentativa imposible, sino del delito imposible, no sólo porque así surge de la ley ("el delito fuera imposible"), sino porque, además, a ella la acompaña la correcta interpretación del instituto, pues si el castigo de la tentativa tiene su razón en la peligrosidad de los actos ejecutivos del

---

También es la DE LA RÚA, ob. cit., p. 121, y ZAFFARONI, *Teoría del delito* cit., p. 686. El Proyecto de 1974 dispone que se "aplicará la pena prevista para el delito, que podrá ser disminuida en un tercio de su máximo y en la mitad de su mínimo". El párrafo primero del art. 44 vigente *no autoriza a aplicar un tercio del mínimo aplicable, sino que obliga a disminuir un tercio de ese mínimo*. NUÑEZ, *El hecho diverso y otras cuestiones*, *Semanario Jurídico* n° 560, 22/8/985, p. 6; véase la sentencia del 18/9/997 del T.S.J. Cba, *Semanario Jurídico* 1172, 18/XII/997, p. 680.

<sup>32</sup> DE LA RÚA, ob. cit., N° III, A. Sus razones han sido aceptadas por JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 622.

<sup>33</sup> C. S. de la Nación, 19-9-864, Fallos, t. I, p. 297.

<sup>34</sup> DE LA RÚA, ob. cit., N° II, D, pretende llenar el vacío por analogía.

<sup>35</sup> NUÑEZ, II, 339; id., *El castigo del delito imposible*, *La Ley*, t. 90, p. 602; JULIO HERRERA, *La reforma penal*, N°s 298, 300 y ss.; FONTÁN BALESTRA, II, § 47; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Delito imposible y putativo*, *La Ley*, t. 82, p. 777; TERÁN LOMAS, *Una modalidad del delito imposible: el delito experimental*, J. A., 30-1-969; id., *Estudios en homenaje a PECO*, 1974, p. 357. Una consideración amplia, en JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, Nos. 2181 a 2248; NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963.

delito para el bien protegido por la pena del delito que tiene el fin de cometer el autor, y una característica del hecho previsto por el párrafo 4º, es que el delito fuera imposible, mal se puede pensar que el párrafo supone la existencia de una tentativa<sup>36</sup>.

De los elementos constitutivos de la tentativa, el delito imposible contiene la finalidad de cometer un delito determinado y la falta de consumación por una causa ajena a la voluntad del autor. Carece, por lo tanto, del comienzo de ejecución del delito, sea por la inidoneidad del medio elegido por el autor para cometer el delito de que se trata, sea por inidoneidad del objeto sobre el que recayó el medio utilizado por el autor para cometer el delito que pretendía cometer, sea por la inidoneidad del autor para cometer ese delito. En vez de comienzo de ejecución del delito, requerido por la tentativa, el agente del delito imposible realiza aberrantemente actos tendientes a lograr su designio, sea que su error o ignorancia recaiga sobre la idoneidad del medio elegido, o la naturaleza del objeto del atentado o su propia calidad personal o funcional, requerida por el delito que tiene el propósito de cometer<sup>37</sup>.

## 2. *Fundamento de su castigo*

El castigo de un hecho a pesar de que es imposible que pueda llegar a ser un delito y de que ni siquiera reúne todas las características necesarias para constituir la tentativa de cometerlo, implica un injerto irregular en el sistema del C.P., fundado en la comisión delictiva o, por lo menos, en la creación de un peligro efectivo de que ocurra tal cosa. Se trata, en realidad, de un caso de delictuosidad puramente subjetiva<sup>38</sup>.

## 3. *Delito imposible y carencia de tipo*

A partir de *La reforma penal* de JULIO HERRERA (1911, n° 300 y 301), se puso en cuestión la posibilidad en nuestro derecho del delito imposible en los casos de defecto de tipo delictivo. La razón invocada para negar esa posibilidad fue que lo mismo que la tentativa, el delito imposible no es nada más que una ampliación de la imputación correspondiente a un tipo delictivo comprendido en el elenco de los hechos punibles, por lo que la admisión del castigo del delito imposible, que sólo es compatible con la finalidad del agente de cometer un *delito determinado* de los previstos y castigados por la ley, no es admisible en razón del principio *nullum crimen nulla poena sine lege poenali*. Esta tesis<sup>39</sup> debe rectificarse.

<sup>36</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 179 y sgte.

<sup>37</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 180.

<sup>38</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 181.

<sup>39</sup> A la que adhería NUÑEZ, en su *Manual*, 1ª ed. p. 267, 3ª ed. p. 275; *Tratado*, II, 339 y trabajo citado en nota 35. En el mismo sentido, ALLENDE, *Inidoneidad en el aborto y aborto seguido de muerte* (*Cuadernos de los Institutos* n° 84, Universidad Nacional de Córdoba, p. 196); GLADYS ROME-

El delito imposible es, según la fórmula del Código penal, una pura *intencionalidad delictiva*, pues la ignorancia o error del pretendido autor le impide saber que el delito que quiere consumar es irrealizable por su inidoneidad personal para cometerlo o por la inidoneidad del objeto sobre el que recae su acción o por la inidoneidad del medio empleado. Si el pretendido delincuente obra conociendo algunas de esas inidoneidades, no delinque porque a la inexistencia material del delito se agrega su inexistencia subjetiva<sup>40</sup>.

#### 4. Casos comprendidos.

Además de los casos de inidoneidad del autor, en los que la imposibilidad de que el delito se consume puede responder a la falta de la calidad personal o funcional requerida para aquél por el delito que tiene el propósito de cometer (vgr. si quien no es funcionario público pretende cometer un abuso de autoridad, C.P. 248)<sup>41</sup>, el delito puede ser imposible por inidoneidad del medio empleado por el autor para cometerlo, o por inidoneidad del objeto sobre el que recae la acción del autor.

El medio comisivo no es idóneo cuando por su propia naturaleza es inadecuado para lograr en el caso concreto la consumación del delito. Por ejemplo, ni el agua ni el azúcar son medios de efecto mortal, salvo respecto de quien por una circunstancia especial es apto para sufrir ese efecto. Lo mismo sucede con los medios mágicos o supersticiones. Suele invocarse como un caso aquí comprendido, el uso de un revólver que no dispara o que está descargado, para atentar contra un tercero. Sin embargo, en el ejemplo, no media inidoneidad por la propia naturaleza de ese medio ya que el revólver, aunque inutilizado o descargado, es un arma capaz de ser utilizada para lesionar e, incluso, matar, y la imposibilidad del medio no depende del modo de usarlo que elija el agente<sup>42</sup>.

La imposibilidad de que el delito se consume por la inidoneidad del objeto sobre el que recae la acción del autor<sup>43</sup> ocurre cuando éste no puede consumarlo

---

RO, *El delito imposible frente al principio "nullum crimen sine lege"* (Revista de derecho penal y criminología, n° 3, 1968, p. 34); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VII, p. 776; TERAN LOMAS, *En torno al delito imposible* (Estudios en Homenaje a JOSÉ PECO, Talleres Gráfica Alberdi, San Martín, Pcia. de Buenos Aires, 1974, p. 357); SIERRA, *La tentativa inidónea o delito imposible*, n° V, La Ley, t. 1975-B; CAVALLERO, *El delito imposible -La tentativa inidónea en el derecho penal argentino-*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, p.124; ZAFFARONI, *Manual*, 4ª ed., p. 609, n° 424.

<sup>40</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 184.

<sup>41</sup> Lo señalado en el texto responde a la sustancial variación que en su pensamiento observara NUÑEZ, expresada en ob. y loc. cit. en nota 40, y al ejemplo que suministrara en el *Manual*, 3ª ed., p. 276.

<sup>42</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 182 y nota n° 384.

<sup>43</sup> Lo aceptaron nuestros viejos autores: MALAGARRIGA, *Código penal argentino*, t. I, p. 310; GONZALEZ ROURA, *Derecho Penal*, 2ª ed., t. II, p. 166; ODERIGO, *Código penal anotado*, nota 153; MORENO, *El código penal y sus antecedentes*, t. II, n° 293; GÓMEZ, *Tratado*, t. I, n° 233; SOLER, *Tratado*, II, 1970, p. 219.

por la condición de la cosa o persona alcanzada por aquél. Vgr., la maniobra abortiva practicada por una mujer que no está embarazada<sup>43bis</sup>; el apoderamiento al que tendía el ladrón recayó sobre una cosa de su propiedad; el falsificador que opera sobre un papel carente de valor documental, etc. A veces, los autores admiten a la par de esos casos de imposibilidad absoluta, casos de imposibilidad circunstancial, es decir, no de una imposibilidad emergente de la condición natural del objeto para ser ofendido del modo delictivo que quiere el autor, sino de una imposibilidad circunstancial, que podría no haber existido. Vgr. el caso en que la víctima del atentado está resguardada por una pared o una cota, el de la víctima elegida que no se encuentra en el lugar en el tiempo en que el autor pensaba dar con ella, etc. Estos casos no constituyen delitos imposibles, sino tentativas porque, en realidad, el delito no se consuma por la condición en sí del objeto, sino por un accidente que impide que la acción del autor logre realizar el tipo delictivo en el caso, en tanto que el impedimento absoluto, que no constituye un accidente, sino una calidad del objeto, impide siempre la concreción del pertinente tipo delictivo<sup>44</sup>.

### 5. *Delito experimental*

Cuando la causa de la imposibilidad de que el delito se consume reside en la inidoneidad del medio utilizado por el autor para cometerlo, los autores y los tribunales se han ocupado, con frecuencia, de los efectos de la intervención de un agente provocador del delito. Este, no es un instigador, porque no es un partícipe, sino un tercero que, desvinculado del proceso ejecutivo del delito, tiene interés, con finalidad probatoria, en que el provocado lo intente, pero sin que llegue su consumación (*delito experimental*).

Cometido el intento, al impedirse la consumación delictiva por obra del agente provocador, el provocado incurre en una tentativa porque el delito no se consumó por una circunstancia ajena a su voluntad. No se trata de un delito imposible porque la intervención impedidora del agente provocador de la consumación, no implica ni la concurrencia de un medio o de un objeto o de una persona que por su propia naturaleza o condición imposibilitaría en absoluto la consumación. Dicha intervención, en realidad, representa una circunstancia ajena a la voluntad del provocado, que impide que éste consume el delito que tenía el fin de cometer<sup>45</sup>.

### 6. *Castigo del delito imposible*

El castigo del delito imposible no se funda, como sucede respecto de la tentativa, en el peligro que los actos ejecutados crean para el bien protegido

---

<sup>43 bis</sup> Cfr. sent. del 18/XII/990 de la Cámara 9ª del Crimen de Cba, Semanario Jurídico n° 834, 25/IV/991, p. 378, con nota de DANIEL P. CARRERA: *Delito imposible y aborto*.

<sup>44</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 183.

<sup>45</sup> NUÑEZ, *ob. cit.*, p. 185.

por la ley penal, porque siendo inidóneos esos actos, la posibilidad de peligro queda descartada.

El § 4º del artículo 44, dispone que: “si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsele al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente”.

La *pena* sobre la que deberá hacerse la disminución no es la *pena* del delito consumado<sup>46</sup>, sino la *escala penal* de la tentativa. Ésta no se disminuye a la mitad, sino *en la mitad*, vale decir, disminuyendo en la mitad su mínimo y su máximo<sup>47</sup>.

El criterio para determinar la pena aplicable al autor del delito imposible en el caso concreto, es *el grado de peligrosidad revelada por el delincuente*. Se trata de la *peligrosidad* en el sentido de la mayor o menor *probabilidad de que el individuo delinca*<sup>48</sup>. El facto a considerar a los efectos de tal juicio no es sólo el delito cometido en su objetividad, porque la peligrosidad es un estado del individuo que tiene su fuente en sus condiciones personales, a cuyo respecto el delito cometido es un efecto. Juegan aquí sistemáticamente los arts. 40 y 41 del C.P.<sup>49</sup>. Si el hecho no revela peligrosidad en el autor o la revela en poco grado, el juez puede eximirlo de pena o reducir la escala penal al mínimo legal correspondiente a la especie de pena de que se trata<sup>50</sup>. La *peligrosidad* del autor revelada por su hecho, es, por consiguiente, el fundamento de la aplicación y de la medida de la pena.

#### IV. Consumación

Según el artículo 42 del Código toscano de 1853, el delito está *consumado* cuando todos los elementos que componen su esencia, se encuentran reunidos en el hecho criminoso del cual se trata. Es lo que el lenguaje dogmático significa al decir que el delito está consumado cuando el hecho cumple las exigencias del respectivo tipo penal.

La *consumación* del delito importa el daño efectivo del bien que protege la pena, o la recreación de un peligro concreto o, por lo menos, abstracto de daño. La consumación delictiva mira siempre el disvalor jurídico de uno de esos efectos, y no el disvalor jurídico del simple comportamiento. Algo distinto es que el comportamiento en sí, implique ya ese efecto, como sucede en los delitos de peligro abstracto.

<sup>46</sup> Si así fuera, resultaría que la disminución de la pena “en la mitad”, no sería aplicable en los casos de delitos reprimidos con penas perpetuas.

<sup>47</sup> Ver NÚÑEZ, II, 470/71.

<sup>48</sup> Más detalles, en NÚÑEZ, II, 458.

<sup>49</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 187.

<sup>50</sup> Por ej., si la escala penal aplicable al delito imposible es de prisión, la nueva escala aplicable será la del art. 104, § 3º, del C. P.

Los autores clásicos distinguían el delito consumado o perfecto del *delito agotado*. Éste, que está más allá del proceso ejecutivo del delito, es un delito consumado mediante el cual el autor ha logrado el fin que se propuso al cometerlo: el estafador consuma su delito al defraudar a la víctima, pero lo agota al conseguir el enriquecimiento para sí o para un tercero, que se propuso.



## Octava Parte

### **PARTICIPACIÓN CRIMINAL<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> NUÑEZ, II, 265; FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, 1964; FONTÁN BALESTRA, II, §§ 40 a 52; SOLER, II, §§ 53 a 58; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Problemas básicos de la participación y de la autoría en el Código penal argentino* ("Jornadas internacionales de derecho penal", 1971, p. 59); JIMÉNEZ DE ASÚA, *La cuestión moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción* ("El criminalista", 2ª Serie, t. IV, p. 147); El Código Penal tipo para Latinoamérica, Universidad Nac. del Litoral, Rosario, 1968, p. 563; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, 1966. A diferencia del Código de la República Federal Alemana de 1975, que se refiere a la "Autoría y Participación", el nuestro lo hace a la "Participación Criminal", diferencia que conduce a una distinta concepción del instituto porque, con arreglo al criterio sostenido por nuestra ley, la participación criminal no se restringe a la participación (del cómplice y del instigador) en el delito del autor, sino que comprende las conductas de los coautores o autores, cómplices e instigadores, que no lleva a confundir participación con complicidad. NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 189.





## I. Principios generales

### 1. Concepto

Existe *participación criminal* si varias personas intervienen como sujetos activos en el proceso de comisión del mismo hecho delictivo (*comunidad de hecho*), en ayuda recíproca o unilateral (*convergencia intencional*).

Implican una participación criminal no regulable por los artículos 45 y sgtes. del Código penal, sino por los particulares tipos delictivos, los casos de *participación necesaria*, en los cuales la ley requiere la pluralidad del sujeto activo del delito (duelo, asociación ilícita, rebelión, homicidio por precio o promesa remuneratoria, etc.). También, según lo dispuesto por el artículo 49 del Código penal, quedan al margen del régimen de la participación criminal, las personas que, en los delitos cometidos por la prensa, con o sin propósito criminal, sólo le prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta. Prestan esa cooperación, v. gr., el simple editor (no el editor responsable), el impresor, el tipógrafo y el encargado de la distribución o venta<sup>2</sup>.

En cambio, no implican participación criminal, porque falta la pluralidad del sujeto activo, los casos en que el tipo delictivo exige o admite la cooperación voluntaria de la víctima del delito en el hecho del autor (rapto consensual, estupro, corrupción de menores, usura). Como sucede con el receptor del suministro indebido de estupefacientes (Ley 23.737, art. 5, let. e), el participante pasivo puede cometer otro delito (Ley 23.737, art. 14)<sup>3</sup>.

Tampoco implica una participación criminal el encubrimiento, porque pese a la vinculación existente entre las conductas, la ley asigna autonomía a la conducta delictiva encubierta y a la encubridora, que constituyen delitos independientes<sup>3bis</sup>.

<sup>2</sup> Código Penal de la Nación Argentina, edición Oficial, Buenos Aires, 1924, p. 169. Más detalles, en NUÑEZ, II, 268.

<sup>3</sup> NUÑEZ, VI, 138.

<sup>3 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 192 y sgte.

La *intervención* en el proceso comisivo del delito puede realizarse mediante actos positivos o negativos<sup>4</sup>; por aportes indirectos, inmediatos o mediatos<sup>5</sup>, anteriores o concomitantes al hecho. La ayuda posterior al delito sólo es participación si se debe a su promesa anterior al mismo (C.P., 46).

La participación gira alrededor de un *hecho común* a todos los partícipes en el delito. Por esto se dice que es accesorio. Esta *accesoriedad* es real y no personal, pues se refiere al hecho ejecutado y no a la persona de un ejecutor penalmente responsable. La participación depende del hecho y no de la culpa del autor. El artículo 47 limita subjetivamente la responsabilidad del partícipe cómplice por el hecho realmente cometido por el autor.

El *hecho común* puede ser un delito consumado o tentado. Es posible, por consiguiente, participación en una tentativa, pero no una tentativa de participación, porque en este caso no se hace aporte alguno al proceso de comisión del delito.

Se puede participar en los delitos de *acción* o en los de *omisión*. Quien tiene el deber jurídico de actuar para no delinquir, puede ser instigado o ayudado a no hacerlo.

La participación es posible en los delitos dolosos y en los culposos. Las opiniones se han dividido respecto de la exclusión de la participación en los últimos<sup>6</sup>. Científicamente, al margen de un código u ordenamiento jurídico concreto, no se ha considerado posible hablar de partícipes si no existe un autor principal con intención de cometer un delito<sup>7</sup>. Pero, por un lado, salvo en lo que atañe a la instigación que demanda que el agente de ella obre con dolo directo, nuestro derecho se limita a exigir la intervención del partícipe en la ejecución material del hecho (C. P. 45 y 46), lo que es posible respecto de la acción u omisión constitutiva de la ejecución del delito culposo. Por otro lado, esta ejecución es compatible con la convergencia intencional propia de la participación criminal<sup>8</sup>. Finalmente, porque la idea que rechaza la posibilidad

<sup>4</sup> V. gr., el silencio (Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital, 26-7-932, *Fallos*, t.1, 140; íd., 18-7-947, *Fallos*, t. 5, p. 443).

<sup>5</sup> Es la llamada participación mediata o en cadena, que consiste en la instigación o cooperación para que un tercero participe en el delito como instigador, autor o cómplice. Más detalles en FIERRO, ob. cit., p. 49, N° 6.

<sup>6</sup> Ver NÚÑEZ, II, 278; FIERRO, ob. cit., p. 54. En contra, ZAFFARONI, *Teoría del delito*, cit. ps. 630 y 656, pero fundándose en que el que instiga a otro a la comisión del delito culposo tiene el dominio del hecho y por esto es autor del delito. Como puede verse más adelante, nosotros no aceptamos que el dominio del hecho funde la autoría en el Código Penal.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La orientación moderna de las nociones de autor*, cit., p. 183.

<sup>8</sup> Por ej., si el conductor es determinado por su acompañante a la conducción imprudente causante de la lesión; o si el maestro permitió que el aprendiz de conductor manejara el vehículo a la velocidad excesiva que ocasionó el accidente letal para un tercero; o si el autor solicitó la intervención de la víctima en una tarea riesgosa para un niño de seis años, como es la de intervenir con otros menores para arrastrar, junto a él, un pesado vehículo de su propiedad desde el extremo correspondiente a la dirección en que se realizaba el desplazamiento, maniobra que produ-

de la participación criminal en el delito culposo porque la “convergencia intencional” requerida por aquélla debe recaer sobre un resultado delictuoso, olvida que si el delito culposo no requiere una intención semejante, no hay razón para exigirla en quien participa en él<sup>8 bis</sup>.

Por análoga razón, también es posible la participación en los delitos preterintencionales. No es admisible, sin embargo, la participación por culpa en el delito cometido por otro, ya que en la conducta de las personas no habría convergencia intencional.

## 2. Principio determinador de la calidad de partícipe

Para el Código penal son partícipes en el delito los que han hecho aportes para su comisión, sea tomando parte en la ejecución, sea determinado a ella o auxiliando o cooperando en esa tarea. Ha adoptado así el *principio causal* como punto de partida para determinar el ámbito de la participación criminal<sup>8 ter</sup>.

## 3. Categorías de partícipes y penas aplicables

La adopción del *principio causal* como condición y límite para tener la calidad de partícipe en el delito, no ha tenido por efecto que, siguiendo la tesis de la equivalencia de todas las condiciones causales, la ley no haya distinguido sus diferentes categorías.

El Código penal ha abandonado el concepto extensivo de la autoría seguido por el Código de 1886 (art. 21) y los proyectos de 1891 (art. 69) y de 1906 (art. 48). Este concepto extensivo consideraba autores, tanto a los que ejecutaban el hecho, como a los que le prestaban al ejecutor un auxilio o cooperación sin los que el hecho no habría podido tener lugar o lo instigaban a cometerlo<sup>9</sup>.

Sobre la base de un concepto restrictivo de la autoría, el Código penal distingue:

a) los que toman parte en la ejecución del hecho (art. 45, primera disposición, primer supuesto) (*autor o autores*);

---

jo la muerte del menor, en tanto la esposa del primero, con autoridad para evitar esa intervención del menor, no sólo se limitó a omitir prohibirla, sino que requirió a la víctima que lo hiciera. En este caso, mientras uno fué autor, la otra, que no intervino en la ejecución del hecho sino que hizo posible que se realizara en la forma en que ocurrió, es, sin dudas, partícipe necesaria. NUÑEZ, *Un caso de participación en delito culposo*, nota a fallo, *Semanario Jurídico* n° 239, 11/10/982, p. 234.

<sup>8 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 191.

<sup>8 ter</sup> Véase NUÑEZ, *Tendencias de la doctrina Penal Argentina*, p. 25, *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* n° 1, Córdoba, 1984.

<sup>9</sup> El sistema se abandonó porque calificaba de “autores a los que no lo son” (JULIO HERRERA, *La reforma penal*, N° 307; *Código penal de la Nación Argentina*, edición Oficial, 1924, p. 166).

b) los que prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse (art. 45, primera disposición, segundo supuesto) (*cómplices necesarios*)<sup>10</sup>;

c) los que hubiesen determinado directamente a otro a cometer el hecho (art. 45, segunda disposición) (*instigadores*), y

d) los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo (art. 46) (*cómplices no necesarios*)<sup>11</sup>.

A pesar de la diferenciación conceptual, el artículo 45 somete a la misma pena (la "establecida para el delito") a los autores, cómplices necesarios e instigadores. La equiparación de los segundos a los autores se explica porque aportan conductas efectivamente eficaces para la comisión del delito, cuyo defecto suprime un factor posibilitante; la de los instigadores, porque éstos si bien no ejecutan personalmente el delito, hacen ejecutar por otros su intención delictiva<sup>11bis</sup>. Sólo los cómplices no necesarios están sometidos a penas menores que las establecidas para el delito, a saber:

a) si la pena establecida para el delito fuere divisible en razón de tiempo o cantidad, los cómplices no necesarios serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad (art. 46, primera disposición)<sup>12</sup>;

b) si la pena establecida para el delito fuese de reclusión perpetua, al cómplice se le aplicará reclusión de quince a veinte años, y si fuere de prisión perpetua, la del cómplice será prisión de diez a quince años (art. 46, segunda disposición);

c) si el hecho sólo se intentase, la pena del cómplice será la que le correspondería por el delito con arreglo al artículo 46, disminuida en la forma determinada para la tentativa (art. 47).

#### 4. Autoría y complicidad

##### A. Necesidad de la distinción

El criterio diferenciador del autor y del cómplice es algo discutido y discutible<sup>13</sup>. Pero, incluso cuando la ley no ha definido o dado pautas para defi-

<sup>10</sup> Denominados también cómplices primarios, pero con menos propiedad, porque para individualizarlos la ley no atiende al orden de su intervención, sino a la necesidad de ella.

<sup>11</sup> Denominados también, por oposición a los primarios, cómplices secundarios.

<sup>11 bis</sup> NUÑEZ, Las Disposiciones cit., ps. 201 y 205.

<sup>12</sup> Sobre esa disminución, véase lo que decimos en la pena de la tentativa.

<sup>13</sup> Entre nosotros lo han puesto en dudas, discutiendo la opinión tradicional, los partidarios del finalismo (ver BACIGALUPO, *La noción de autor en el código penal*, Buenos Aires, 1965, y TOZZINI, *El dominio final de la acción en la autoría y en la participación* ("Revista de derecho penal y criminología", N° 3, 1968, p. 81). En contra de esas opiniones, GENÓCRATES, *El "dominio del hecho" como criterio para determinar el autor en el código penal argentino*, La Ley, t. 130, nota al fallo 60.203, y *Algo más sobre el dominio del hecho* (La Ley, t. 136, nota al fallo 63.730).

nir las distintas categorías de partícipes en el delito, ha surgido la necesidad de distinguir el autor del cómplice<sup>14</sup>.

### B. Teorías diferenciadoras

Distintas teorías se han expuesto sobre el deslinde de la autoría y la complicidad. Mencionaremos las principales<sup>15</sup>;

a) *Teoría formal-objetiva*. Según esta teoría, el autor realiza el tipo delictivo, ejecutándolo o interviniendo en su ejecución. El cómplice se limita a prestarle auxilio o cooperación al autor<sup>16</sup>. Es la teoría receptada por el artículo 45 del Código penal<sup>17</sup>.

b) *Teorías material-objetivas*. A diferencia de la anterior, para distinguir entre autor y cómplice, estas teorías no toman en cuenta la forma del aporte sino su valor.

b<sup>1</sup>) *Teorías causales*. Mirado ese valor desde el punto de vista causal se llegó a conclusiones distintas:

Aplicándose el principio causal de la *equivalencia de las condiciones* de un resultado, se sostuvo un concepto extensivo de la autoría: todos los que participan en el delito son autores. Pero frente a los códigos que castigaban la instigación y la complicidad de manera distinta que la autoría, a los fines del castigo se tuvo que restringir el alcance de la última y se dijo que autor era todo el que ponía una condición para el resultado delictivo, en tanto no debiera ser castigado como instigador o cómplice<sup>18</sup>. El Código penal rechaza esta teoría que, al distinguir a los efectos del castigo, el autor del instigador y del cómplice, si bien evita aplicarles a éstos una pena ilegal, acepta que la ley contradice la equiparación que se propugna. El Código penal distingue terminológicamente entre autor y cómplice: el artículo 45 habla de *autor* y de *autores* y de los que prestaren a ellos *auxilio o cooperación*; el artículo 46 se refiere a los que *cooperen* a la ejecución del hecho y a los que prestaren *ayuda*; por último, los artículos 47 y 48 se refieren, respectivamente, al *acusado de complicidad* y al *autor o cómplice*. Además, el artículo 46 distingue la complicidad a los fines de la represión; el artículo 47 lo hace a los efectos de la limitación subjetiva de la participación y el artículo 48 a los efectos de la transmisión de las relaciones, circunstancias y calidades personales entre los partícipes en el delito.

<sup>14</sup> A pesar de que el art. 110 del Código italiano de 1930, al ocuparse de la participación, se limita a decir que "cuando varias personas concurren en el mismo hecho", se ha considerado necesario distinguir la autoría de la complicidad: BETTIOL, *Derecho penal, Parte general*, Bogotá, 1965, Parte segunda, Cap. V; MANZINI, *Tratato di diritto penale*, vol. II, Torino, 1933, N° 451; FLORIÁN, *Parte generale del diritto penale*, vol. II, 4ª ed., Milano, 1934, N° 559.

<sup>15</sup> Sobre ellas, MEZGER, II, § 62.

<sup>16</sup> Sobre ella, MAURACH, II, § 47, III, A. que la rechaza.

<sup>17</sup> También por la Comisión de Trabajo Argentina para el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica (ver *El Código penal tipo para Latinoamérica*, cit., ps. 564 y 565).

<sup>18</sup> Ver VON LISZT, *Tratado*, III, § 49, I; MAURACH, II, § 47, II, A.

Por el contrario, distinguiéndose entre la *causa* y la *condición* de un resultado, se dijo que autor era el que aportaba la *causa* para que el delito se produjera, y cómplice el que sólo aportaba una condición para ello. Se alcanzó así un concepto restrictivo de la autoría. Lo objetable de esta tesis es que padece las dificultades que existen para diferenciar prácticamente esos conceptos<sup>19</sup>. El Código penal sólo toma en cuenta el valor del aporte causal de los partícipes como criterio para distinguir la complicidad necesaria de la no necesaria.

b<sup>2)</sup> El *dominio del hecho*. También es una teoría material-objetiva la que mira el valor del aporte del partícipe respecto del *dominio del hecho*<sup>20</sup>. Según las acepciones que se han expuesto del *dominio del hecho*, sería *autor*:

a) Solamente "aquél que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"<sup>21</sup>, o

b) sólo el cooperador que "dolosamente tiene en las manos el curso del suceso típico", vale decir, que "puede voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total". Para ello, no bastaría la simple "voluntad de dominio del hecho", que sólo define la voluntad del autor, sino que se requeriría el "voluntario moldeado del hecho"<sup>22</sup>.

La teoría del *dominio del hecho*, que comienza por ser aplicable sólo a los delitos dolosos<sup>23</sup> y contra la que se han formulado objeciones en su propio país de origen<sup>24</sup>, no ha podido dejar de lado la teoría *formal-objetiva*, pues ha debido reconocer que la inmediata realización del tipo implica la presun-

<sup>19</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA observa que desde el ángulo físico y filosófico la única teoría aceptable en materia de causalidad es la de la equivalencia de condiciones (*La orientación moderna de las nociones de autor*, cit., p. 168).

<sup>20</sup> Que según los partidarios del finalismo, sería la del C.P. (ver BACIGALUPO, *La noción del autor en el código penal*, Buenos Aires, 1965, p. 49; TOZZINI, *El dominio final de la acción en la autoría y la participación* ("Revista de derecho penal y criminología", N° 3, 1968, p. 81). La C. N. Fed., Sala Crim. y Correcc., 27-2-967, *La Ley*, t. 130, p. 540, hace aplicación del criterio del dominio del hecho, con nota en contra de GENÓCRATES. Ver también, la nota de este autor al fallo 63.730 de *La Ley*, t. 136. Sobre la inaplicabilidad de la dogmática finalista en el Código, véase la crítica efectuada por NUÑEZ en el trabajo citado en nota 8 ter.

<sup>21</sup> WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 143.

<sup>22</sup> MAURACH, II, ps. 309 y 343; BACIGALUPO, ob. cit., N° 4. ROXIN concibe tres formas de dominio del hecho: 1º *el dominio de la acción*: es el que tiene el autor directo, que es quien ejecuta por sí mismo la acción típica; 2º *el dominio de la voluntad*: es el que posee el autor mediato o sea quien realiza el tipo mediante otra persona que, sirviéndole como herramienta, no puede resistir su voluntad dominante del hecho; 3º *la autoría funcional (coautoría)*: en ella cada uno de los participantes tiene el dominio del hecho a través de su función específica en el suceso total (*Sobre la autoría y la participación en el Derecho penal*, N° 5 ["Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho", Buenos Aires, 1970, p. 55]).

<sup>23</sup> WELZEL, *Derecho penal*, 11ª ed., p. 143; MAURACH, II, p. 307; BACIGALUPO, ob. cit., N° III, d. I.

<sup>24</sup> Ver BAUMANN, *Strafrecht-Allgemeine Teil. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Bielefeld, 1964, ps. 498/499; íd., *Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 96 y 109.

ción irrefutable de su dominio<sup>25</sup>. Con esto, como bien se ha dicho, se incurre en la inconsecuencia metodológica que significa, que una concepción material acepte su reemplazo por presunciones que no hacen sino desvirtuar la teoría que se propugna<sup>26</sup>.

No obstante, lo importante aquí es que el predominio de lo material (lo efectivo) sobre lo formal (la presunción), conduce en este caso al abandono del principio de la legalidad del delito en un doble sentido. Por un lado, al sostenerse que la inexistencia de un efectivo dominio del hecho por el ejecutor del tipo excluye el indicio que respecto de ese dominio implica la realización de una de las características de aquél<sup>27</sup>, se termina por negar lo que con arreglo al tipo significa una conducta de autor de un delito, así como la aplicación de la pena correspondiente. Por otro lado, en última instancia, si lo determinante de la autoría delictiva no fuera la realización formal de los tipos, sino el efectivo dominio del hecho por el agente, incluso al margen de los límites formales de aquéllos, la legalidad del delito y de la pena, al no quedar absolutamente subordinada a la descripción típica y a la pena correspondiente, volvería a perder estabilidad, aunque ahora en favor de la posibilidad de reprimir algo como autoría delictiva al margen de los contornos descriptivos de las figuras legales de los delitos<sup>28</sup>.

El dominio del hecho, sea que se mire como el poder de decisión sobre la ejecución o no del delito, sea que se considere como el poder de moldear esa ejecución, es perfectamente compatible con las ideas de auxilio y de cooperación que caracterizan la complicidad de acuerdo con los artículos 45 y 46 del Código penal. El facilitar un arma o una escalera para que se cometa un robo<sup>29</sup>, puede resultar decisivo para que el robo se realice o no, o para que se

<sup>25</sup> Ver MAURACH, II, p. 342 (*dominio formal del hecho*); ROXIN, *Sobre la autoría y participación*, cit., N° 4 y 5, p. 62 (*dominio de la acción*); JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner teil*, Berlín, 1969, § 61, V, 2.

<sup>26</sup> BACIGALUPO, ob. cit., p. 54.

<sup>27</sup> Ver BACIGALUPO, ob. y lug. cit.

<sup>28</sup> Un ejemplo muy claro de esto, en lo que atañe a la configuración extra-típica de la autoría, constituye el caso del malhechor que trazó el plan *sceleris* y repartió actuaciones entre sus secuaces, mientras que él, en el momento del hecho, se limitó a permanecer como un simple concurrente entre el público del negocio asaltado, con la exclusiva finalidad de dejar correr el robo o suspender su ejecución, mediante una señal convenida, si aparecía alguna circunstancia adversa o imprevista. TOZZINI, aplicando el principio del "dominio finalista de la acción", considera que ese malhechor es coautor (*El dominio final de la acción*, cit., p. 88). No resulta difícil advertir, sin embargo, que nada de lo que el malhechor hizo equivale a tomar parte en el proceso mismo de ejecución del robo, pues no se apoderó de nada ni ejerció violencia en las personas o fuerza en las cosas, ni auxilió o cooperó con aportes materiales integradores del apoderamiento o de la violencia o de la fuerza. Lo que hizo el malhechor, que tuvo el dominio mental del hecho, fue cooperar intelectual y materialmente para que los secuaces realizaran las características del tipo del robo, tal como sucedió. Así, su tarea fue la propia de un cómplice necesario (Cfme. GENÓCRATES, *La Ley*, t. 136, nota al fallo 63.730).

<sup>29</sup> Que TOZZINI considera como "meros actos preparatorios" (ob. cit., p. 89).



realice del modo como se lo ha ideado o querido realizar. El campana que fue encargado de dar una señal de alarma si fuere necesario, que desconocía el objeto y el modo del plan delictivo, tuvo el dominio de la realización del delito a pesar de que, no habiendo dado esa señal, sólo fue un espectador muy limitadamente interiorizado e interesado en el delito. Finalmente, si el principio del dominio del hecho fuese el criterio válido para la interpretación del art. 45 del Código Penal Argentino, los conceptos utilizados por dicho artículo a los fines de la discriminación de los distintos modos de la participación criminal serían letra muerta, sin función alguna, lo que implicaría un inadmisibles desprecio a la semántica legal<sup>29 bis</sup>.

c) *Teoría subjetiva*. Se originó como una limitación a los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuanto equiparaba como autores a todos los partícipes en el delito. La *teoría subjetiva* se mantiene fiel al principio de la equivalencia causal de los aportes, en cuanto objetivamente no distingue entre el valor del aporte hecho por el autor y el hecho por el cómplice. A la distinción entre ambos partícipes la hace subjetivamente, tomando en cuenta la dirección de sus voluntades: el *autor* quiere el hecho como propio, obra con *animus auctoris*; el *cómplice* quiere el hecho como ajeno, obra con *animus socii*<sup>30</sup>. En otros términos, es autor, con independencia del carácter objetivo de su aporte, no el que realiza el hecho dependiendo de la voluntad de otro, sino quien quiere cometer el delito por su propia decisión y sus intereses personales<sup>31</sup>.

Nada indica que el Código penal haya receptado esta teoría, pues el artículo 45 se refiere muy claramente al criterio objetivo de la ejecución del hecho<sup>32</sup>.

La adecuación de la teoría subjetiva al Código penal es negada por distintos tipos en los cuales el autor obra en interés de un tercero. Por ejemplo, el artículo 80, inc. 3º (Ley 23.077), considera autor al que mata en interés del dador del precio; para el artículo 275 es autor incluso el testigo que calla la verdad en interés ajeno, y con arreglo al 277 inc. 1º (Ley 23.468), lo es quien, sin ningún interés propio, ayuda a eludir las investigaciones de la autoridad.

Por lo demás, la aplicación de la teoría subjetiva condujo al Tribunal Supremo de Alemania a decisiones inaceptables frente a nuestro artículo 45,

<sup>29 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 195.

<sup>30</sup> Ver MEZGER, II, p. 321; MAURACH, II, § 49, II, B.

<sup>31</sup> ROXIN, *Sobre la autoría y la participación*, cit., p. 55.

<sup>32</sup> Sin embargo, no han faltado tribunales que la utilizan complementariamente. Así, según el Tribunal Superior de Córdoba, 6-5-969, J. A., 1969-III, fallo 1613: "Es coautor no sólo quien cumple actos típicamente consumativos, sino también quien con su presencia activa y concomitante y queriendo el hecho como obra propia, cumple actos que integran la objetividad y la subjetividad del suceso delictuoso". En el mismo sentido, los casos Carino y otros (*Comercio y Justicia*, Córdoba, mayo 13 de 1969), Berella y otro, íd., 24-12-970; Negrini, íd., 15-6-971. también la C.N. Fed., Sala Crim. y Correc., 27-7-967, *La Ley*, 6 t. 130, fallo 60.203.

como es la del caso de un recién nacido ahogado por la hermana de la madre, a pedido de ésta y para que no sufriera vergüenza, en el cual, el Tribunal aplicando la teoría del *animus*, declaró que la hermana sólo había sido una cómplice de la madre<sup>33</sup>.

## II. Soluciones del Código Penal

### 1. Autor

El artículo 45 no se propone definir al *autor* del delito, sino a la *coautoría* o pluralidad de autores, pues es una regla cuyo objeto es la participación criminal. Empero, el artículo 45 permite deducir que *autor* es el que ejecuta el delito, vale decir, el que pone en obra la acción o la omisión definida por la ley. Cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría. Se piensa que no sería posible distinguir la autoría de la complicidad cuando, interpretándose los términos “tomar parte en la ejecución del hecho”, se dice que es autor el que ejecuta el tipo delictivo; sin embargo, no se dice nada no delimitable en el ámbito de la labor de realización del delito, cuando se afirma que lo ejecuta quien observa una conducta eficaz para cometerlo y que son cómplices los que observan conductas sin las cuales esa ejecución no habría podido realizarse, o prestan al ejecutor otra cooperación o ayuda. El sentido común resulta suficiente para distinguir el que está ejecutando algo del que, sin ejecutar, está cooperando o auxiliando para que lo ejecute<sup>33 bis</sup>.

El *autor* puede ejecutar por sí mismo el delito con sus manos o valiéndose de cualquier instrumento (*autor directo*).

### 2. Autor mediato

No debe confundirse *autoría mediata* con *coautoría*. En la primera, hay un solo autor, a pesar de que en la trama delictiva intervienen dos individuos. Ello ocurre cuando uno de los intervinientes ejecuta materialmente el delito pero no lo hace sino como instrumento inculpable del otro interviniente que es el verdadero autor del delito (*autor mediato*). El otro, el autor material, es el instrumento humano con que, manejando la voluntad, opera el autor mediato. La persona se convierte en un instrumento de esta clase cuando, por su incapacidad delictiva, ignorancia o error no comprende la criminalidad del acto o si la comprende, se encuentra dominada por fuerza física o moral. Pero cuando se trata de la fuerza física, la autoría mediata sólo funciona si el instrumento, como sucede en los

<sup>33</sup> O la sentencia del Tribunal Federal Superior que consideró cómplice a quien, por encargo de un servicio secreto extranjero, mató a tiros a dos personalidades políticas exiliadas; o la jurisprudencia alemana que consideró cómplice a los ejecutores de los asesinatos del nacional socialismo que no actuaron por un interés propio (ROXIN, ob. cit., p. 56).

<sup>33 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 195 y sgte.

otros casos, es quien consuma el delito y no es sólo una cosa con que el autor lo comete directamente (v. gr. no daña quien es arrojado contra el vidrio que se rompe, pero sí daña quien vencido por los golpes, lo rompe)<sup>34</sup>.

Actualmente, se ha ampliado el concepto a los casos en que el autor material obra atípica o justificadamente, pero, en realidad, se trata de casos en que el individuo obra por error<sup>35</sup>.

Si la autoría mediata presupone que el tercero, por las razones expuestas, obrando como instrumento del autor mediato, no puede darse cuenta de lo que hace o, si lo hace, actúa dominado, bajo este aspecto, se puede diferenciar la autoría mediata de la *instigación*, que requiere que el ejecutor del delito sea determinado a cometerlo, lo que supone su decisión consciente y libre.

La autoría mediata exige, por último, que en el autor concurren las características personales típicas. Así, en él y no en el tercero deben darse los elementos subjetivos o las calidades especiales del autor (*delitos especiales*), v. gr., para dar un ejemplo que abarca los dos supuestos, el ánimo de lucro, la calidad de funcionario y el conocimiento que exige el artículo 268<sup>1</sup>, deben concurrir en el autor y no en el tercero mediante el que aquél utiliza las informaciones o datos.

La autoría mediata no puede darse en los delitos que sólo pueden perpetrarse personalmente por el autor (*delitos de propia mano*). El juez que quiere prevaricar debe dictar él mismo la sentencia; el desertor debe huir con sus propias piernas; el hermano que quiere cometer un incesto debe consumir él mismo el coito con la hermana, y el testigo perjurado debe él mismo haber depuesto y jurado su testimonio<sup>36</sup>.

Es posible que un juez engañe a otro para que dicte una resolución contraria a la ley en un juicio, pero ésta no será una sentencia si el que la dicta no es juez. Un soldado no podrá lograr, por más engaños y coacciones que use, que quien no es soldado abandone el servicio militar. Podrá, por el contrario, valiéndose de esos medios, conseguir que un verdadero soldado realice ese abandono, pero ello no implicará que el agente del engaño o de la coacción haya abandonado su servicio. Lo mismo se puede decir respecto del incesto y del testigo perjurado<sup>37</sup>. La conducta del tercero, que no puede castigarse como instigación debido a que la inimputabilidad, el error o la falta de libertad del

<sup>34</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 197 y sgte. y nota n° 422.

<sup>35</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 198.

<sup>36</sup> BINDING, *Compendio di diritto penale*, Roma, 1927, p. 260

<sup>37</sup> Si bien la no admisión de la autoría mediata en los delitos de propia mano es opinión generalizada, no faltan las disidencias, sea porque se restringe el ámbito de los delitos de propia mano, sea porque no se los admite (se dice que, como todo delito, ellos tienen un resultado jurídico constituido por la propia actividad del autor, que no puede ser logrado por un tercero) (Ver GIMBERANT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., 244 y ss.).

instrumento, elimina su determinación al delito, debe considerarse desde el punto de vista de la complicidad necesaria. En el ejemplo de la mujer que mueve a un inimputable a violar una muchacha, aquélla es una cómplice necesaria, porque sin su intervención el hecho no habrá podido cometerse como se cometió.

### 3. Coautoría

El Código penal, artículo 45, considera coautores del delito a los que *toman parte en la ejecución del hecho*<sup>38</sup>.

La coautoría supone la división de tareas en el ámbito de la ejecución del delito. Ese ámbito comprende todos los actos principales y accesorios que en el caso concreto integran la conducta consumativa del delito. La coautoría abarca a los que cometen actos típicamente consumativos y a quienes cumplen actos que ayudan o complementan dichos actos<sup>38 bis</sup>. Así, es coautor no sólo el que se apodera de la cosa ajena, sino, tratándose de un robo, el que ejerce la violencia sobre la persona de la víctima<sup>39</sup>; no sólo el que accede carnalmente a la víctima, sino, también, el que la sujeta para hacer posible la violación; no sólo el que efectuó el disparo contra la víctima, sino, igualmente, el que la agredió o apuñaleó<sup>40</sup>; todos los que, sujetándola, apedreándola o propinándole un golpe de puño, se incorporaron a la labor agresiva contra la víctima<sup>41</sup>; no sólo los que apuñalaron a la víctima, sino también los que la tuvieron o rodearon impidiendo o restringiendo su defensa o huida y los que ayudaron al actor principal en su tarea, alcanzándole el instrumento o, estando presentes en el momento del hecho, instruyendolo para que lo cometiera; no sólo quien firmó el panfleto injurioso, sino también los que fueron inspirando al que lo hizo<sup>41bis</sup>.

<sup>38</sup> Salvo que se renuncie a pensar que las fórmulas legales tienen alguna significación idiomática y conceptual propias, no resulta fácil admitir que es una interpretación y no una suplantación el decir que la fórmula legal "los que tomasen parte en la ejecución del hecho", se refiere a "quien gobierna positivamente la acción", o al "que tiene dolosamente en sus manos el curso del suceso típico" (ver TOZZINI, nota de la p. 57 de *El concurso de personas en el delito*, de Latagliata, Buenos Aires, 1967). Una afirmación semejante parte de una idea tan inexacta como es la de que cada ley no tiene su propia dogmática, sino que existe una dogmática general, objetiva y exacta, aplicable a cualquier ley. Una teoría del derecho penal con esa pretensión de generalidad y exactitud, es posible y deseable, pero, precisamente, por no poder atenerse a la exclusiva consideración de un derecho dado, más que una dogmática, que supone esa sumisión a la autoridad de algo concreto, sería una doctrina pura del derecho penal. Un ejemplo, quizás insuperable, es el *Programa del Derecho Criminal* de FRANCISCO CARRARA. Lo que es inadmisibile es la necesaria sumisión de la explicación de un determinado derecho penal a la dogmática elaborada sobre otro derecho penal.

<sup>38 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 197.

<sup>39</sup> Tribunal Superior de Córdoba, Sala en lo Penal, Sentencia N° 23, año 1971, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 25-8-971.

<sup>40</sup> Tribunal Superior de Córdoba, Sala en lo Penal, Sentencia N° 46, año 1970, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 29-4-970.

<sup>41</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala en lo Penal, 21-8-968, *Comercio y Justicia*, 13-9-968.

<sup>41 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 197, nota 418.

Importa también coautoría la presencia concomitante al delito, si el que está presente adopta una conducta principal o cohacedora<sup>42</sup>. No, la presencia activamente ineficaz<sup>43</sup>.

Si se trata de un delito especializado por la calidad, estado, situación o ánimo que se exige en la persona para incurrir en él, únicamente son coautores los participantes que tienen esa calidad, y los que carecen de ella sólo son cómplices, ya que la complicidad no debe llenar las exigencias de la particular figura delictiva<sup>44</sup>.

#### 4. Complicidad

##### A. Concepto

De acuerdo al Código penal, son *cómplices* los partícipes en el delito:

· a) que auxilian o cooperan con el o los ejecutores del hecho para que éste se pueda cometer (art. 45) (*cómplices necesarios*);

· b) los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho (art. 46) (*cómplices no necesarios*);

· c) los que prestan una ayuda posterior al hecho cumpliendo promesas anteriores a él (art. 46) (*cómplices no necesarios*).

· Los cómplices, necesarios o no, obran fuera del ámbito referido a la actividad propiamente ejecutiva del tipo delictivo de que se trata<sup>44 bis</sup>. La complicidad mencionada *supra*, bajo la letra c, no consiste en un aporte posterior al hecho, porque la promesa, que es lo determinante de la complicidad<sup>45</sup>, es anterior a él.

El aporte puede consistir en un auxilio, en una cooperación o en la prestación de una ayuda prometida.

El *auxilio* es una contribución prestada al ejecutor del delito para que éste se realice, no acordada por el cómplice con otro participante. V. gr., el que de propia iniciativa, para que el delito se cometa, deja abierta la puerta, apaga o no enciende la luz o facilita el instrumento para cometerlo.

La *cooperación* es una contribución prestada al ejecutor del delito para que éste se realice, acordada con otro partícipe. Es el caso del que participa en el complot criminal o conviene y presta un determinado aporte.

<sup>42</sup> V. gr., es coautor de robo, aunque no ejerció la violencia propia de este delito, quien transportó, junto con el autor de la violencia, los efectos sustraídos. Ver NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 197 y nota 419.

<sup>43</sup> V. gr., no es coautoría en la tentativa de hurto de su compañera, tocar en una tienda el tapado colgado en una percha. NUÑEZ, ob. cit., p. 197 y nota 420.

<sup>44</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 197.

<sup>44 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 199.

<sup>45</sup> JULIO HERRERA, *Diario de Sesiones*, Cámara de Senadores de la Nación, 1903, p. 168.

La *prestación de una ayuda prometida* es una cooperación hecha efectiva después de cometido el hecho, en cumplimiento de lo acordado con otro partícipe antes de su comisión. Sin la efectivización de la ayuda no hay complicidad punible<sup>46</sup>. La *ayuda posterior* también puede consistir en una abstención, v. gr., no denunciar a los responsables.

### B. Categorías de cómplices

Los cómplices pueden ser *necesarios* (art. 45) o *no necesarios* (art. 46). Los primeros están sometidos a la escala penal establecida para el autor del delito. Los segundos lo están a escalas penales más benignas (art. 46).

A los efectos de distinguir la *complicidad necesaria* de la *no necesaria*, el artículo 45 requiere la *valoración del aporte*.

Es un *cómplice necesario* aquél *sin cuyo auxilio o cooperación el hecho no habría podido cometerse*. A pesar de su literalidad la fórmula no alude a que el hecho no hubiera podido cometerse de ninguna manera<sup>47</sup>, porque lo que interesa para apreciar el valor del aporte del cómplice, es la modalidad del hecho concreto al que accede y no cualquier otro modo o manera de cometerlo. La fórmula legal se refiere, en realidad, a que el auxilio o cooperación es *complicidad necesaria* si la tarea propiamente ejecutiva del tipo delictivo, sin el concurso del aporte del cómplice no se hubiera realizado como se realizó en el caso concreto sino con otras modalidades. En otros términos, el aporte del cómplice es necesario, no por su grado sino por su efecto respecto de la configuración práctica del pertinente tipo delictivo. Se han considerado casos de *complicidad necesaria*: si el conocedor de la casa les dió a los ejecutores los datos necesarios para la perpetración del delito; o si el intermediario entre el instigador y los ejecutores, convino con éstos el precio y les proporcionó las armas utilizadas en el hecho; o si la procesada llevó a la víctima engañada y la dejó a merced del violador; o si quien durante el desarrollo de los ataques y desde el exterior, hizo ingresar a la esfera dentro de la cual se cumplían las acciones consumativas, el instrumento del homicidio<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Resolviendo la cuestión en una forma más razonable, dado que lo realmente importante como participación en el proceso de realización del delito, es la promesa en sí, el Código del 86 disponía que la inexecución de la promesa no disculpaba si antes que la acción se consumara, el agente no declaraba clara y expresamente a los culpables que retiraba su palabra (art. 40).

<sup>47</sup> DÍAZ, *El código penal*, 4ª ed., Buenos Aires, 1942, N° 261.

<sup>48</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 200. Véase la sentencia del T.S.J. Cba, del 18/IX/997, *Semanario Jurídico* 1172, 18/XII/997, p. 679, en la que sobre la base de que sólo son necesarios los aportes aprovechados por los autores en un tramo estrictamente no ejecutivo, de acuerdo a la modalidad concreta llevada a cabo, se consideró cómplice no necesario al imputado que condujo en su vehículo a dos menores hasta el lugar del hecho, donde éstos descendieron e ingresaron a un negocio a mano armada, desapoderando de dinero a su propietario, para luego llevarlos nuevamente en su vehículo; también, la nota a esa resolución de DANIEL P. CARRERA: *¿Cuándo la cooperación significa complicidad necesaria?*, p. 677.

Son *cómplices no necesarios* los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que prestan una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo (art. 46). Estos son partícipes cuya intervención no fue necesaria para que el hecho sucediera tal como sucedió, porque no contribuyeron con nada cuyo defecto hubiera variado la ejecución o sus modalidades.

### C. Responsabilidades de los cómplices.

La complicidad es, por regla, accesoria al hecho ejecutado por el autor o autores, pero esta accesoriedad puede estar limitada subjetivamente. Esto sucede si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad *no quiso cooperar sino a un hecho menos grave que el cometido por el autor*, caso en el que la pena del cómplice será medida en razón del hecho que prometió ejecutar (art. 47).

Aunque la regla limitativa sólo se refiere a la complicidad por cooperación, también rige respecto de la complicidad por *auxilio* y por *ayuda prometida*, porque, salvo los casos de responsabilidad por resultados preterintencionales u objetivos, nadie responde más allá de su culpabilidad. Además, tratándose de una regla favorable al reo, nada impide su extensión.

La regla no es aplicable a los coautores y al instigador. Los primeros, tomando parte en la ejecución del hecho, no pueden alegar una intención distinta y menos grave que la correspondiente al hecho cometido. El instigador no necesita de la regla, pues no responde por el exceso del ejecutor<sup>49</sup>.

La limitación del querer del cómplice a un hecho menos grave que el cometido por el autor, tiene su fuente en su error, culpable o inculpable, respecto del verdadero propósito del autor. El error puede recaer sobre el hecho básico o un agravamiento de éste. La mayor gravedad del hecho cometido por el autor se determina por la mayor pena correspondiente al hecho cometido por él, en relación a la pena del hecho querido por el cómplice<sup>50</sup>.

La regla no juega al revés: si el cómplice quiso que se cometiera un delito más grave que el que cometió el autor, este delito es el parámetro de la responsabilidad y pena del cómplice, porque su intención delictiva, que no es alcanzada por la pena, no tuvo efectividad<sup>50 bis</sup>.

<sup>49</sup> Basta lo señalado en el texto para explicar el abandono de la tesis del D.P. Arg., II, p. 302. Véase, además, NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 204, nota 442.

<sup>50</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 210. Véase también, CARRERA, *Limitación subjetiva de la responsabilidad del partícipe cómplice en relación al hecho realmente cometido por el autor* -art. 47 CP-, nota a la sentencia n° 3 del 22/3/989 del T.S.J. Cba, *Semanario Jurídico* n° 762, p. 6.

<sup>50 bis</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 209.

### 5. Instigación

Es un *instigador*, según se lo denomina en los antecedentes del Código penal<sup>51</sup>, el que hubiese determinado directamente a otro a cometer el delito (C.P. 45).

La participación del instigador, equiparado en la pena al autor, está al margen de la ejecución del delito y del auxilio o de la cooperación en ella. Es una participación puramente síquica, consistente en haberle hecho tomar al autor la resolución de ejecutar el delito consumado o intentado. Si el tercero ya está determinado a delinquir no puede haber instigación en los términos del art. 45<sup>51bis</sup>.

La *determinación* del autor al delito por el instigador, supone la cooperación consciente, voluntaria y libre de ambos. Esto requiere la individualización del o de los instigadores y de los instigados. No hay instigación por culpa. Tampoco existe la cooperación síquica requerida por la instigación si el autor resulta un instrumento del tercero (*autor mediato*). En el caso del delito provocado, el agente provocador no es un instigador, porque entre él y el ejecutor no media una cooperación de la especie mencionada.

La *instigación* presupone que el autor consume o intente el delito, pues si esto no sucede, no habrá participación criminal en un hecho delictivo. Empero, al margen de la participación criminal, existen casos en los cuales la sola instigación es punible como delito por sí misma (C. P., 99, inc. 1º, y 209).

La determinación al delito debe realizarse *directamente*, pero no es necesario que lo sea de manera inmediata, pues no exige una relación personal inmediata del instigador con el autor, sino que la acción de aquél se encamine derechamente a lograr que el autor se resuelva a cometer el delito. La instigación sólo es compatible con el dolo directo. Si el agente con su discurso o actitud, pero sin quererlo hacer, determina involuntariamente a otros a cometer el delito, no es instigador, ni un cómplice.

El Código penal no admite como instigación, aunque sí como complicidad, la determinación al auxilio o cooperación delictivos. Pero, el determinador del instigador es, a su vez, un instigador mediato.

El *instigador* no responde por el *exceso* del instigado. Existe ese exceso cuando el delito cometido por el instigado o la calificante en que ha incurrido, no estuvo en la intención del instigador.

Como el art. 45 no plantea restricción alguna, el objetivo del instigador puede ser la comisión por el instigado de un delito doloso o culposo, porque, por otro lado, el dolo del instigador no lleva inherente el obrar doloso del instigado, pues el dolo de aquél concurre por su finalidad de que su destinatario cometa un

<sup>51</sup> Código Penal de la Nación Argentina, Edición Oficial, Buenos Aires, 1924, p. 166.

<sup>51 bis</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 203; también, *Tratado*, II, p. 300.



delito, sin limitación en razón de su naturaleza subjetiva. Así, es instigador el que determine a otro a conducirse en una de las maneras previstas por los arts. 94 y 196 del C.P.<sup>51 ter</sup>.

#### 6. Comunicabilidad de las relaciones, circunstancias o calidades personales

Los partícipes cargan, con la limitación del artículo 47 del Código Penal, con todo lo que representa un *elemento del delito* en el que toman parte, auxilian, cooperan o ayudan. Cuando no se trata de elementos del delito, sino de *accidentes suyos*, los partícipes también cargan con ellos, en razón del mismo artículo, si se trata de *circunstancias materiales que agravan el delito* y que les han sido conocidas.

Cuando se trata de *accidentes de naturaleza personal determinantes respecto de la responsabilidad de los partícipes en el delito*, la cuestión reside en saber si esos accidentes *tienen influencia respecto de los partícipes* a los que no les corresponden. Pero, en este caso, ya no es el artículo 47 el que resuelve la cuestión, sino el 48.

Los accidentes de naturaleza personal pueden ser *relaciones* entre los partícipes y el ofendido por el delito (art. 80, inc. 1º) o un tercero (art. 279); o *circunstancias* en las que se encuentran los partícipes (art. 81, inc. 1º) o *calidades* de éstos (por. ej. sacerdote, tutor), referidas a determinados delitos y cuyo efecto es agravar, disminuir o excluir la penalidad (art. 48). Son accidentes que no refiriéndose a la aplicación de la pena, sino a la configuración o aplicabilidad de las figuras delictivas, no influyen en la aplicación de las escalas penales establecidas para los delitos, sino que las alteran o las dejan de lado por su efecto sobre la criminalidad del hecho cometido.

No pertenecen a esa categoría:

a) *Las calidades personales del autor que especializan el delito*, porque son elementos de éste; v. gr., la calidad de funcionario público en la malversación de caudales públicos (art. 260) o la calidad de testigo, perito o intérprete en el falso testimonio (art. 275)<sup>52</sup>;

b) ni las *circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso con arreglo a las cuales se fijan las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad* (arts. 40 y 41), pues su función es servir para la aplicación de las escalas penales, sin alterarlas o excluirlas;

c) ni las *calidades personales agravantes generales* referida a los partícipes de cualquier delito, como es la calidad de reincidente (art. 50), porque no

<sup>51ter</sup> NÚÑEZ, ob. cit., p. 203 y sgte.

<sup>52</sup> En estos casos no se trata de la comunicación de esos accidentes personales del partícipe que las posee al que no las posee, sino la participación, por instigación o complicidad, de un sujeto no calificado en el delito de uno calificado.

se trata de un accidente personal referido a la criminalidad del hecho cometido, sino a la personalidad criminal del partícipe;

d) ni las calidades personales, que como la menor edad o la enfermedad mental, excluyen la capacidad delictiva de los partícipes, porque tampoco atañen a la criminalidad en sí del hecho cometido, sino a la culpabilidad de los partícipes.

Las relaciones, circunstancias o calidades personales *atenuantes* o *eximentes* de la penalidad, no son comunicables, sino que sólo tienen influencia respecto del autor o cómplice a quienes corresponden, sean o no conocidas por ellos (art. 48, 1ª disposición). El Código penal se atiene aquí al principio de que la participación se refiere al hecho y no a la persona del autor.

Por el contrario, si el efecto de esas relaciones, circunstancias o calidades es *agravar la penalidad*, son comunicables limitadamente, porque sólo tienen influencia respecto de los partícipes a los que no les corresponden, si fueron conocidas por ellos (art. 48, 2ª disposición). El Código penal no requiere que, además, la relación, circunstancia o calidad personal haya servido para facilitar la ejecución del hecho<sup>53</sup>. Basta que los partícipes a los que no les corresponden esos accidentes, los hayan conocido, porque, entonces, ya han podido tenerlos en cuenta<sup>54</sup>. La influencia de la relación, circunstancia o calidad personal que tiene por efecto agravar la pena correspondiente al delito, puede funcionar del autor hacia los otros partícipes, o al revés<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Como lo exigía el Proyecto de 1891, art. 71 (ver la 1ª ed., p. 88) y propugnaba Julio HERRERA, *La reforma penal*, p. 532.

<sup>54</sup> *Código penal de la Nación Argentina*, ed. Oficial, 1924, p. 169.

<sup>55</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 212, nota 456. Más detalles, NUÑEZ, II, 308.



## Novena Parte

### CONCURSO DE DELITOS<sup>1</sup>

<sup>1</sup> NUÑEZ, II, 103; *id.*, *Concurso de delitos* ("Enciclopedia Jurídica Omeba", t. III, p. 650); *id.*, *El "hecho único" como base del concurso ideal* ("La Ley", t. 68, p. 211); *id.*, *El hecho único como base del concurso ideal* ("Jurisprudencia", t. XXI, Córdoba, 1968, p. 16); *id.*, *¿Concurso real sin hechos independientemente encuadrables en dos disposiciones?* ("Jurisprudencia", t. XXI cit., p. 88); MASI, *Las normas jurisdiccionales del art. 58 y la unidad penal* ("La Ley", t. 35, p. 1052); BERGERO, *Unificación de penas y condena cumplida* ("La Ley", t. 122, p. 289); NUÑEZ, *El problema del concurso ideal de delitos*, Opúsculos de Derecho penal y criminología, n° 12, Marcos Lerner Edicitora Córdoba, Córdoba, 1986; *id.*, *¿Concurso real, delito continuado o un solo delito?*, Doctrina Penal, 1983, p. 93 y sgtes



## I. Concepto

Existe *concurso de delitos* si una persona ha cometido dos o más delitos no juzgados con anterioridad. Los delitos ya juzgados no originan un concurso de delitos, sino, en ciertas condiciones, la reincidencia del condenado (C. P., 50).

Bajo el epígrafe de *concurso de delitos* el Código penal comprende el *concurso ideal (formal)* (art. 54) y el *concurso real (material)* (arts. 55 y 56).

## II. Concurso ideal

### 1. Concepto

Existe un *concurso ideal de delitos* si el autor comete un hecho que cae bajo más de una sanción penal (art. 54). Sanción no significa pena, sino precepto o ley que la impone, vale decir, el tipo delictivo y la pena respectiva.

El concurso ideal presupone que los tipos penales no se excluyen entre sí en razón de un concurso aparente de leyes penales.

Dos son las características del concurso ideal, a saber: la comisión de un hecho por el autor y la *pluralidad de sanciones penales* bajo las que cae.

### 2. El hecho

#### A. Interpretaciones

La fórmula legal *un hecho* ha sido interpretada de diferentes maneras por nuestros autores y tribunales<sup>2</sup>.

A veces, la *unidad del hecho* se hizo depender del criterio subjetivo de la *unidad de fin, intención, designio o determinación* del autor al cometer los

<sup>2</sup> Incluso nosotros confundimos el concurso ideal con el concurso de leyes. *El hecho penal en la Constitución Nacional y el Código*, Buenos Aires, 1939, ps. 35 y ss.; también, MALAGARRIGA, *Código Penal argentino*, t. 1, Buenos Aires, 1927, p. 380; JOSÉ MANUEL NUÑEZ, *Los artículos 54 y 55 del código penal*, Córdoba, 1939. Otras explicaciones fueron tan erróneas, pero bastante más oscuras (ver GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, 2ª ed., Parte general, t. 2, Buenos Aires, 1925, ps. 140 y ss.).

distintos delitos<sup>3</sup>. Así, se consideró que existía un concurso ideal, si el autor violaba un domicilio e intentaba o cometía un hurto simple<sup>4</sup>; o si el autor, con la intención de disparar el arma contra una mujer, al repetir sus actos, la lesiona levemente y produce la muerte de la criatura que aquélla llevaba en brazos<sup>5</sup>. Esta tesis debe rechazarse, porque pretende explicar subjetivamente lo que, como el *hecho*, es de naturaleza objetiva.

Otras veces, la unidad del hecho se explicó por el criterio subjetivo-objetivo, comprendido, en sustancia, en el anterior<sup>6</sup>, que requería *que un delito hubiera sido el medio utilizado por el autor para cometer otro*. V. gr., si el cheque falsificado fue el medio empleado para cometer una estafa<sup>7</sup>; o si la usurpación de autoridad fue el medio empleado para cometer el rapto<sup>8</sup>. Esta tesis tampoco puede explicar razonablemente la fórmula un *hecho* del artículo 54, porque si uno de los hechos delictivos fue el medio utilizado para cometer el otro, resulta evidente su pluralidad.

La tesis de la "unidad de fin" y de "medio a fin" fueron absolutamente dominantes hasta la irrupción de la tesis recibida de *Alimena* por SOLER, que explica la *unidad del hecho* por la *inseparabilidad natural o jurídica de las lesiones jurídicas causadas por el autor*, según al cual "basta querer una lesión para causar necesariamente también las otras". Es la regla del *exceso de dolo*<sup>9</sup>. El criterio de la *inseparabilidad* que fundamenta esta teoría no surge del texto del artículo 54, ni del concepto natural de un *hecho*, que representa la base fáctica del concurso ideal y que sólo alude a la singularidad de lo que el delincuente realiza materialmente. Ese criterio tampoco resulta del efecto jurídico que caracteriza el concurso ideal, vale decir, la *inclusión del hecho único en más de una sanción penal*, ya que esta fórmula no presupone la necesaria inseparabilidad jurídica de las lesiones. Lo sometido al criterio de la unidad y, por consiguiente, de la inseparabilidad, no son los

<sup>3</sup> Ver DÍAZ, *El Código penal para la República Argentina*, 4ª ed., Buenos Aires, 1942, n° 290; GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Buenos Aires, 1939, N° 240. Esta idea había sido enunciada por MOYANO GACITÚA, *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1899, p. 385. Según JULIO HERRERA, con ese pensamiento, que considera "fallos en absoluto", fue redactado el art. 78 del Proyecto de 1891, precedente del art. 54 del C.P. (*La reforma penal*, p. 587).

<sup>4</sup> Cámara Crim. y Correc. de la Capital, 18-V-923, fallos, t. 1, p. 158; íd., 31-XII-943, Fallos, t. 5, p. 90.

<sup>5</sup> Cámara cit., 4-IV-939, J. A., t. 66, p. 278.

<sup>6</sup> Ver MOYANO GACITÚA, ob. y lug. cit.

<sup>7</sup> RAMOS, *Curso de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, 1928, p. 483; Cám. cit., 3-VII-936, Fallos, t. 4, p. 330.

<sup>8</sup> Cámara cit., 18-II-949, Fallos, t. 6, p. 69.

<sup>9</sup> Ver SOLER, *Concurso ideal* ("Revista de derecho", Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba, 1928, p. 39; íd., *Concurso de delitos* ("J. A.", t. 66, p. 276); SOLER, 2ª ed., de 1940, § 60. Mantiene la misma tesis en las ediciones de 1945 y 1963. Sigue esta teoría, el Tribunal Superior de Córdoba, Sala Penal, 6-XII-968, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 17 de abril de 1969; íd., sentencia N° 22, año 1970, *Comercio y Justicia*, 29 de julio de 1970.

efectos jurídicos causados por el hecho, sino el *hecho*, que debe ser *único*. En otros términos, la inseparabilidad reside en la base, pero no en el efecto. Por lo demás, esta teoría estrecha sobremanera el ámbito del concurso ideal, reduciéndolo a muy contados casos<sup>10</sup>.

### B. Concepto legal del hecho

Rechazados los criterios de la "unidad de fin", de "medio a fin" y de la "inseparabilidad de las lesiones jurídicas", el *hecho* del artículo 54 tampoco se puede explicar mediante el concepto de la *unidad de la acción subjetiva*, vale decir, por la equiparación de *un hecho* a la unidad del comportamiento del agente sin contar su resultado. Precisamente, por los excesos a que se llegó considerando, v. gr., como hipótesis de concurso ideal, la del disparo único (acción subjetiva) que mataba a varias personas, o la del veneno echado en la comida que exterminaba una familia, la jurisprudencia toscana terminó por rechazar que la unidad de acción subjetiva constituyera la base fáctica del concurso ideal. Y, precisamente, el legislador italiano de 1889, del que, en realidad, deriva la teoría y el texto del artículo 54, sustituyó la fórmula toscana *una acción* por la de *un hecho*.

La cuestión del concurso ideal no es una cuestión que deba y pueda resolverse al margen del sistema del Código penal<sup>11</sup>. Al significado de la fórmula "un hecho", que representa la base material del concurso ideal, lo señalan muy claramente los arts. 34, inc. 1º, 45, 46 y 47 del Código. Cuando el art. 34, inc. 1º, se refiere al "momento del hecho" o cuando los arts. 45 y 46 aluden a la "ejecución del hecho" y el art. 47 menciona "un hecho menos grave que el cometido por el autor", no puede haber ninguna duda que se están refiriendo a un hecho previsto y penado como delito en el Libro Segundo del Código. Nada puede hacer pensar que los términos "un hecho" y "varios hechos" de los arts. 54 y 55 del Código tengan otro significado. Ese significado no es, por otra parte, incompatible con la idea que expresa la denominación "concurso ideal o formal de delitos", que implica que una unidad material (el hecho único) constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una definición represiva.

<sup>10</sup> Ver nuestra nota en *Jurisprudencia*, t. XXI, p. cit. El propio introductor de la teoría terminó por declararla inexacta y a raíz de ello llegó a propugnar la equiparación del concurso ideal al real. Ver SOLER, *Anteproyecto de Código Penal*, edición oficial, Buenos Aires, 1960, nota a) art. 81; *id.*, *Respuesta al informe de la Comisión* (que le era adverso), en *Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1961, ps. 125 y ss.; SOLER, II, § 60, V. Ver nuestra refutación a la Respuesta, en *Cuadernos de los Institutos*, N° 50, Universidad Nacional de Córdoba, ps. 38 y ss. Sin lugar a dudas, el desencanto del proyectista y la supresión del concurso ideal sólo obedecían al error de considerar su error como error del C.P.

<sup>11</sup> Ver NUÑEZ, *Concurso ideal de delitos* ("Nuevo pensamiento penal", 1976, p. 261).



Supeditar el concepto del concurso ideal a la unidad de fin o propósito del autor o a la unidad de su resolución<sup>12</sup>, unificadores de varios hechos, implica, contra la voluntad del legislador, aplicar una sola pena a una situación fáctica distinta a la considerada por aquél y prevista, no en el art. 54, sino en el 55, sea como concurso real, si los distintos hechos son independientes entre sí; sea como delito continuado si los hechos no son independientes. Por otro lado, supeditar el concepto del concurso ideal a la inseparabilidad natural o jurídica de las lesiones causadas por el agente, implica negar que concurriendo un hecho único -ya que no se trata de la inseparabilidad de las lesiones causadas por varios hechos sino por un hecho-, ya debe aplicarse, como dispone la ley, una sola pena (la mayor).

El concurso ideal no es otra cosa que una cuestión de doble tipicidad de un hecho naturalmente único. La razón de esta doble tipicidad es que la conducta del agente, esto es, lo que ha hecho o dejado de hacer, que ya cae como tal en una sanción penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc., también cae bajo otra sanción penal. El pariente de una menor que la accede carnalmente, supuesto que el incesto esté castigado, incurre por su conducta carnal en la sanción del estupro, pero por la circunstancia de ser pariente de la víctima, también cae bajo la sanción del incesto. El que en la vía pública accede carnalmente en forma violenta a una mujer, por haberla accedido cae bajo la sanción de la violación, pero por haberlo hecho en un sitio público también cae bajo la sanción de la exhibición obscena. El que faltando a la verdad como testigo, le imputa a otro una conducta deshonrosa, por declarar falsamente en juicio cabe bajo la sanción del falso testimonio, pero, también, por la circunstancia de que la falsedad contiene una imputación deshonrosa, cae bajo la sanción de la injuria. El que abona la mercadería con moneda falsificada cae bajo la sanción de la estafa, pero por la circunstancia de que el medio engañoso es la moneda falsa, también cae bajo la sanción de la falsificación monetaria. El que se apodera de un vehículo dejado en la vía pública cae bajo la sanción del hurto calificado, pero también cae bajo la del hurto simple si en el interior del vehículo había cosas muebles ajenas. El depositario que sustrae las cosas embargadas a un tercero, cae bajo la sanción de la malversación, pero por ser ajenas las cosas, también cae bajo la sanción del hurto. El examen de estos casos<sup>13</sup> permite advertir que el concurso ideal no es otra cosa que el caso de un hecho típico que por una modalidad de su comisión, o por la vinculación del autor con la víctima o por

<sup>12</sup> Insiste por esta vía SCHIFFRIN, *Nuevo pensamiento penal*, 1972, p. 409. Pero, por cierto, que el artículo conduce a un tembladeral cuya lectura no resulta provechosa. La unidad de resolución, que SCHIFFRIN encuentra como solución del concurso ideal, no es configurativa de la unidad del hecho, sino, en todo caso, una resultante de ella, pues frente a una conducta delictiva única, no se pueden suponer dos o más resoluciones del autor a delinquir.

<sup>13</sup> Véase otros en la p. 304 de la 1ª y 2ª ed..

la calidad diferente de los objetos del delito o por otras circunstancias, también merece otra calificación delictiva. Se trata, en fin, de situaciones, en las cuales accidentes de tiempo, modo, lugar, personas, etc., que, sin multiplicar materialmente la conducta del autor de un delito, multiplican la delictuosidad de ella<sup>14</sup>.

### 3. Pena aplicable

El concurso ideal significa que desde el punto de vista real existe un solo hecho natural sometido por la ley a varias calificaciones delictivas. De ahí la denominación de concurso *ideal* o *formal* de delitos. A los efectos de la pena la unidad de hecho, que implica unidad de culpabilidad<sup>15</sup>, determina la unidad de la pena.

El Código penal, que aquí sigue el *principio de la absorción*, unifica la pena en la *pena mayor* conminada para el hecho por la ley. Otras legislaciones, como lo disponía el Proyecto Peco y lo aconsejó la Comisión Revisora del Proyecto de 1960, establecen un aumento facultativo de la pena mayor; o bien, según lo hizo el Proyecto de 1951, aumentan lisa y llanamente esa pena. Estos criterios resultan más exactos que el del artículo 54, frente a la diversa delictuosidad del hecho único.

La *mayoría* de la pena depende, en primer lugar, de su naturaleza (ver C.P., 5 y 57)<sup>16</sup>. Siendo de la misma naturaleza, es mayor la pena cuya cantidad es superior en su máximo. Si los máximos son iguales, la mayoría de la pena se determina por el mínimo.

En el caso de penas conjuntas o alternativas, la mayoría se determina por la pena de naturaleza más grave.

La pena mayor no es sólo la pena establecida para el delito consumado, sino, cuando sea el caso, la establecida para la tentativa o la complicidad no necesaria.

La pena mayor implica la aplicación, en su caso, de la pena conjunta correspondiente, que es la que determina la mayoría de la pena si las penas

<sup>14</sup> Un trabajo útil en cuanto muestra a dónde ha conducido a la jurisprudencia la falta de un criterio único para individualizar el concurso ideal, es el de NINO, *El concurso en el derecho penal*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1972. Pero, porque también padece el mismo mal, no hace, en definitiva, sino maltratar el problema. NINO parece despreocuparse de si las resoluciones que clasifica para extraer sus conclusiones, se adecuan o no a una correcta inteligencia del art. 54 del C.P.

<sup>15</sup> La unidad del hecho implica, como se dice en los precedentes del art. 54, la unidad de la culpabilidad, porque ésta se refiere al hecho y no, independientemente, a una circunstancia de él.

<sup>16</sup> Según FONTÁN BALESTRA, III, 51, la pena mayor, no es la pena más grave, sino la de mayor duración. Pero, entonces, quedan al margen las penas que, como la multa, no tienen duración. ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 176, propone un interesante sistema, capaz de salvar cualquier incongruencia resultante de la posibilidad de que la aplicación de la pena mayor implique una menor duración de ella.

de naturaleza más grave de las sanciones en juego, son iguales. También subsiste la aplicación de las penas y consecuencias accesorias de la pena mayor<sup>17</sup>.

### III. Concurso real

Según el artículo 55 del Código penal, existe un *concurso real (material) de delitos* cuando concurren varios hechos independientes cometidos por una misma persona. La concurrencia puede ser simultánea o sucesiva. En el segundo caso existe una *reiteración delictiva*.

El *concurso real* presupone: 1º) dos o más hechos; 2º) la independencia de esos hechos, y 3º) su concurrencia.

Por *hecho* se debe entender aquí, como en el concurso ideal, un hecho penalmente típico.

Los hechos son *independientes* entre sí cuando no están vinculados, como partes, de una misma empresa delictiva (ver infra, N° V)<sup>17 bis</sup>.

Los hechos son *concurrentes* si, no habiendo condena firme, son imputables al mismo autor. La sentencia condenatoria firme excluye el concurso de delitos y constituye la base de la reincidencia (C.P., 50), pero no impide la aplicación de las reglas sobre la penalidad del concurso real (C. P., 58).

La *pena* del concurso real varía, pero siempre rige el principio de la *pena única*. La reducción a la pena única rige tanto cuando cada uno de los distintos delitos está reprimido con una sola pena, como si alguno de ellos o todos lo están con penas alternativas.

Si se trata de hechos reprimidos con *una misma especie de pena*, el artículo 55 establece una *acumulación jurídica o cúmulo jurídico*<sup>18</sup>. La acumulación no es material o aritmética, sino jurídica, porque las penas correspondientes a los distintos hechos no se suman simplemente sin limitación alguna, pues el *máximo* de la pena única no puede exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. V. gr., si la pena es de prisión o reclusión, su máximo no podrá pasar de veinte y cinco años. El *mínimo* de la pena única es el mínimo mayor de las penas correspondientes a los delitos concurrentes<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> En el C.P., no existe una regla como la del § 76 del código alemán, según la cual: "Junto con la pena única deberá o podrá imponerse penas accesorias y consecuencias accesorias y ordenarse medidas de seguridad y corrección si ello está dispuesto o permitido aun sólo por una de las infracciones a la ley".

<sup>17 bis</sup> Un caso de independencia objetiva y subjetiva de las acciones, en la sentencia del 23/8/1989 de la Cámara 3ª del Crimen de Cba, *Semanario Jurídico* n° 765, p. 4, con nota de DANIEL P. CARRERA: *Concurso real entre abuso deshonesto, violación y promoción de la corrupción de un varón de once años de edad*.

<sup>18</sup> Al reo de varios delitos se le aplica una pena que, en su intensidad proporcionalmente progresiva, contiene la pena de todos los delitos concurrentes (ver MASUCCI, *Concorso di reati e di pene*, N° 27 ("Digesto italiano", vol. VIII, Parte prima, Torino, 1896, p. 389).

<sup>19</sup> Ver NUÑEZ, II, 510; SOLER, II, 312; FONTÁN BALESTRA, III, 101.

La *especie* de la pena, que científicamente significa la clase de una pena de la misma naturaleza que otra<sup>20</sup>, en el artículo 55 equivale al género del artículo 5<sup>21</sup>.

El artículo 56, § 1º, supone que unos delitos están castigados con reclusión y otros con prisión, pues el caso de la concurrencia de delitos reprimidos únicamente con reclusión o prisión está contemplado por el artículo 55. La regla, al disponer que se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor, establece el sistema de la conversión<sup>22</sup>, que en sustancia consiste en la reducción de todas las penas concurrentes a la especie de la más grave entre ellas. La ley establece ese sistema porque, según el art. 56, párrafo 2º, únicamente la pena no divisible que concurre con otras divisibles, puede aplicarse sin modificación alguna, como pena única. La conversión dispuesta por el párrafo 1º debe hacerse según la equivalencia establecida por el art. 24<sup>23</sup>. El monto de la pena única debe arreglarse a la última disposición del art. 55, porque la conversión de las penas menores a las más graves, se traduce en una acumulación de penas de la misma especie<sup>24</sup>.

Si alguna de las penas correspondientes a los delitos concurrentes *no es divisible*, se aplica únicamente esta pena, salvo el caso en que concurren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en el que se aplica la reclusión perpetua (art. 56, § 2º).

La inhabilitación y la multa se aplican sin sujeción a la conversión exigida en el §1º del artículo 56 (art. 56, § 3º), es decir, sin sometimiento al régimen de acumulación de las penas concurrentes<sup>25</sup>.

#### IV. Unificación de penas

El artículo 58 del Código penal tiene por finalidad la unificación de las penas impuestas en distintas sentencias a una misma persona, aunque hayan sido dictadas en distintas jurisdicciones. En este último caso, el artículo 58 tiende a establecer la unidad legislativa penal en el territorio del país<sup>26</sup>, no sólo a los efectos de la imposición de la pena, sino también de su cumpli-

<sup>20</sup> Por ej., las penas cuya naturaleza consiste en ser privativas de la libertad, tienen como especies o clases las de reclusión y las de prisión, o las fijas y las divisibles en razón de tiempo.

<sup>21</sup> Esa equiparación se debió a la alteración de las fórmulas del Proyecto de 1891 (ARGIBAY MOLINA-MORAS MOM, *Sistema represivo del concurso material de delitos. Naturaleza y especie de pena*, N° VII ["Revista de derecho penal y criminología", N° 2, 1970, p. 149]).

<sup>22</sup> NUÑEZ, II, 212.

<sup>23</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 258.

<sup>24</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 259.

<sup>25</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 257.

<sup>26</sup> *Código Penal para la Nación Argentina*, Ed. Oficial, 1924, p. 175 y ss.

miento<sup>27</sup>. Dos son los casos<sup>27 bis</sup> en los que corresponde esa unificación de penas:

*Primer caso:* la unificación de penas corresponde si después de una condena pronunciada por sentencia firme se debe juzgar a la misma persona que está cumpliendo pena por otro hecho distinto (art. 58, § 1º, 1ª parte, 1ª disposición). La regla exige:

- a) una sentencia condenatoria que no admita recurso;
- b) que la persona esté condenada por esa sentencia a sufrir una pena en forma efectiva o condicional;
- c) que esa persona deba ser juzgada, esto es, que esté sometida a proceso por un hecho distinto, anterior o posterior, al que motivó la condena;
- d) que la condena no esté cumplida o extinguida en el momento de la comisión del hecho por el que se debe juzgar nuevamente a la persona<sup>28</sup>,
- e) que la pena se unifique de oficio por el juez que deba dictar la nueva sentencia<sup>29</sup>.

*Segundo caso:* la unificación de las penas también procede si se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de las reglas de los artículos 55, 56 y 57 (art. 58, § 1º, 1ª parte, 2ª disposición)<sup>30</sup>. Esta disposición supone que al dictarse la segunda o las ulteriores sentencias, no se unificaron las penas a tenor de los artículos mencionados, como lo exige el artículo 58, § 1º, 1ª parte, 2ª disposición. La regla se aplica, aunque algunas o todas las penas estén cumplidas o extinguidas, siempre que exista un interés en su unificación, sea, v. gr., a los efectos de la ejecución de la pena o de su prescripción<sup>31</sup>.

Le corresponde al juez, ordinario (nacional o provincial) o federal, que haya aplicado la pena mayor, dictar la sentencia única a pedido de parte<sup>32</sup>, sin

<sup>27</sup> C. S. de la Nación, 19-XI-947, Fallos, t. 209, p. 342.

<sup>27 bis</sup> Sobre la pena que debe considerarse en uno y otro caso, a los fines del recurso de casación, NUÑEZ, *La pena que hace procedente la casación en el caso de la sentencia única*, Semanario Jurídico n° 28, 14/3/978, p. 42.

<sup>28</sup> NUÑEZ, II, 514, nota 595. Véase también NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 262, nota 540.

<sup>29</sup> Con arreglo al art. 58 del C.P., no es necesario que al unificarse las penas se determine la que corresponde por el hecho o los hechos que motivan la segunda condena (ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, 28-IV, 967, Fallos Plenarios, t. II, p. 310 [J. A., 1967-III, p. 181]).

<sup>30</sup> La regla del art. 54 no es aplicable a los efectos del art. 58, porque un hecho no puede ser objeto de más de una sentencia condenatoria. No advierte esto la C.S. de la Nación, 7-VII-970, Fallos, t. 277, p. 111, que también incluye el art. 54.

<sup>31</sup> NUÑEZ, II, 515; ARGANARÁS-CASAS PERALTA, *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires*, t. IV, p. 379, N° 191; C. N. Crim. Correc. en pleno, 29-XII-970, La Ley, t. 142, fallo 66.044.

<sup>32</sup> Que por su interés en la correcta aplicación de la pena, también lo es el Ministerio Fiscal. En sentido afirmativo, pero por razones que no compartimos, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, 1-VI-949, Fallos Plenarios, t. II, p. 305 (J.A., 1949-III, p. 608).

alterar las declaraciones de hechos contenidas en las sentencias cuyas penas unifica (art. 58, § 1º, 2ª parte), aunque con libertad para determinar la naturaleza y la medida de la pena única de acuerdo con los artículos 40, 41 y 55 a 57 del Código Penal. Pero, si por cualquier causa la justicia federal, en autos que haya intervenido, no puede aplicar la regla de la unificación de penas, lo hará la justicia nacional o provincial, según sea el caso (art. 58, § 2º). Ese impedimento existe sólo cuando habiéndose dictado varias sentencias firmes sin haberse unificado las penas, la justicia federal que ha aplicado en una de ellas la pena mayor, se encuentra imposibilitada para entender, por no ser materia de su competencia el conocimiento del solo procedimiento judicial unificadorio<sup>33</sup>. La justicia federal sólo puede aplicar la regla de la unificación en autos en que ella haya intervenido (art. 58, § 2º), sea porque, en razón de la materia, de lugar o de las personas, le correspondía el juzgamiento del hecho no juzgado (art. 58, § 1º, 1ª parte, 1ª disposición); sea porque, por alguna de esas razones, había intervenido en los autos en los cuales se aplicó la pena mayor (art. 58, § 1º, 2ª p.). Pero en esta última hipótesis la jurisdicción federal no puede dictar la sentencia única, aunque haya aplicado la pena mayor, ya que ella no corresponde sólo para corregir las omisiones de sentencias firmes dictadas por la justicia ordinaria, por estar limitada a los supuestos establecidos por la Constitución. En este caso, la pena debe ser unificada por la justicia ordinaria, porque así lo dispone el § 2º del artículo 58, y porque, desde el punto de vista de la Constitución, no estando esa facultad delegada expresamente al Gobierno Federal, su ejercicio les corresponde a las provincias (C. Nac., 121) o a la justicia ordinaria de la Capital Federal<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Se ha dicho que cuando el art. 58 se refiere a la imposibilidad en que puede encontrarse la justicia federal para dictar la sentencia única, "hace alusión al caso en que la pena impuesta en esa jurisdicción no sea la más grave" (SOLER, II, 377), o a que la justicia federal "no intervenga en último término si sólo se ha dictado condena por uno de los delitos" (Procurador General, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 277, p. 113). Si así fuera, el § 2º del art. 58 se limitaría a decir, innecesaria y redundantemente, que la justicia federal no puede unificar la pena si no concurren las circunstancias que, con arreglo al § 1º del mismo artículo, la autorizan para hacerlo, vale decir, si ella no es la que ha aplicado la pena mayor, o es la que deba juzgar el "otro hecho distinto".

<sup>34</sup> En contra, C. S. de la Nación, 1-VII-970, fallos, t. 277, p. 111, con el argumento de que "si se acepta que la justicia federal incurriría en un exceso de jurisdicción al dictar una pena única en el caso, también sería exacta la proposición inversa, o sea la de que, a su vez incurriría en un exceso la justicia provincial si unificara penas dictadas por ella con otras impuestas fuera de su jurisdicción". El argumento no advierte que, como la justicia provincial conserva toda la jurisdicción no delegada expresamente a la justicia federal, no puede incurrir en exceso de jurisdicción al conocer y juzgar casos judiciales no delegados a la justicia federal.

## V. Delito continuado<sup>35</sup>

### 1. Concepto

Bajo el epígrafe de "concurso de delitos" el Código Penal prevé y regula de manera expresa dos casos, a saber: el de un *hecho delictivo* que genera un concurso ideal de delitos, y el de *varios hechos delictivos que son independientes y que originan un concurso real de delitos*.

La concurrencia de *varios hechos que no son independientes*, excluida del concurso ideal por la pluralidad de los hechos y del concurso real por la falta de independencia de ellos, y que legalmente no puede caer nada más que en la sanción legal a la que se adecua cada uno de ellos, es lo que en el Código Penal, se debe calificar como un delito continuado.

El *delito continuado* no es, en nuestro derecho, una creación doctrinaria o jurisprudencial, sino una unidad delictiva reconocida por la ley, porque la dependencia de los hechos que la integran, la somete a contrario, con arreglo a lo que dispone el art. 55, a una sola sanción legal.

En tanto que en el concurso real de delitos la imputación delictiva es plural fáctica y legalmente y en el concurso ideal es fácticamente única y legalmente plural, en el *delito continuado* esa imputación es fácticamente plural pero legalmente única.

### 2. Elementos

Los elementos del delito continuado son:

- a) pluralidad de hechos;
- b) la dependencia de los hechos entre sí, y
- c) su sometimiento a una misma sanción legal.

#### A. Pluralidad de hechos.

El *hecho*, lo mismo que en el concurso ideal y en el real, es tomado en el sentido de hecho tipificado delictivamente. La pluralidad exige que la misma persona cometa dos o más hechos discontinuos, incluso en tiempos y lugares distintos. La prolongación discontinua de la conducta delictiva diferencia el delito continuado del delito permanente, que consiste en una conducta delictiva continua.

#### B. Dependencia de los hechos entre sí.

Aquí reside la cuestión esencial de la continuación delictiva.

Nuestros autores y tribunales, sobre las huellas, aunque sin fidelidad, de la concepción italiana del delito continuado, han exigido que el *agente vincule subjetivamente los distintos hechos mediante la unidad de su resolu-*

<sup>35</sup> · NUÑEZ, II, 227.

*ción, designio, propósito, intención, voluntad, ánimo o conciencia delictivos*<sup>36</sup>, formados de antemano o precedentemente<sup>37</sup>.

La escuela italiana no ha confundido la unidad de designio criminoso, como principio rector del instituto de la continuación, con el dolo, la resolución criminal o la determinación delictiva, entendidos como el acto particular de voluntad que preside cada delito. Sino que a esa unidad subjetiva propia del delito continuado, la ha definido como la determinación originaria a delinquir mediante hechos ejecutivos de esa misma determinación, objetivamente homogéneos<sup>38</sup>.

Ese subjetivismo puede tener una u otra suerte, según el sentido con que se lo entienda. Puede absorber casos muy claros de concurso real de delitos si, extremando el subjetivismo, la unidad de designio o de resolución delictivos se identifica con la simple unidad de fin o propósito del autor<sup>39</sup>, porque la independencia o la dependencia entre los hechos, por ser algo inherente a ellos, no habiéndola supeditado el legislador a un elemento de tipo subjetivo, tiene que tener bases fácticas que no pueden ser creadas ni excluidas por la simple voluntad de su autor.

La unidad propia del delito continuado reside en que el autor prosigue cometiendo el *mismo delito* con cada uno de los hechos ejecutados. Esta identidad comisiva sólo es compatible con hechos que por su homogeneidad material no la desvirtúan o alteran de una manera esencial y que por su conexidad aparecen vinculados como momentos de una misma conducta comisiva. Se puede continuar un apoderamiento con otros apoderamientos, pero no con un hecho distinto como es un ardid o engaño defraudatario. Pero la identidad comisiva no depende simplemente de que el agente opere mediante apoderamientos, sino de que lo haga mediante apoderamientos que por su materialidad resulten ejecuciones compatibles con un mismo modo de conducta delictiva. El que comenzó apoderándose sin violencia de lo ajeno, no lo hace del mismo modo si recurre a ella en los hechos ulteriores.

Empero, la homogeneidad material de los apoderamientos es insuficiente para determinar por si sola la unidad de la comisión delictiva. El ladrón

<sup>36</sup> Ver RAMOS, *Curso de derecho penal*, t. IV, 1928, núm. 652; DE BENEDETTI, *El delito continuado*, N° II, 6 ("J. A.", 1943-IV, p. 724); VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal anotado*, t. I, Ed. Plus Ultra, p. 303; RUBIANES, *Código penal-Su interpretación jurisprudencial*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 325.

<sup>37</sup> Tribunal Superior de Córdoba, Sala Penal, sentencia N° 24, año 1971 ("un único designio formado de antemano"); id., 6-XII-968, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 17 de abril de 1969 ("un único designio criminoso precedente").

<sup>38</sup> Ver NUÑEZ, II, 234.

<sup>39</sup> V. gr., si los encausados convinieron o se propusieron apoderarse del dinero colocado dentro de un mueble (Cámara Nacional en lo Penal de la Capital Federal, 20-X-953, *La Ley*, t. 73, p. 387); o si el plan concebido iba dirigido a sacar una cantidad dada de animales en varias etapas (Suprema Corte de Buenos Aires, 6-IV-943, *La Ley*, t. 32, p. 118). Otros ejemplos, en NUÑEZ, II, 237 y 238.



puede atentar siempre de la misma manera contra la propiedad ajena, pero no por eso sus hechos integrarán una misma comisión delictiva.

Tal cosa sucede:

a) *si los particulares hechos ejecutados por el autor se presentan como partes de un mismo y único contexto delictivo*. Por ejemplo, el ladrón que, en la misma oportunidad, en vez de sustraer de una vez las cosas ajenas, por razones de posibilidad o comodidad, lo hace en varias veces;

b) *si los hechos ulteriores no son nada más que la secuela de una misma conducta delictiva*, v. gr., los distintos hechos consumativos de un estupro, de una defraudación mediante el uso de pesas o medidas falsas o de una falsificación de moneda, que se prolongan en el tiempo;

c) *si los hechos ulteriores no son nada más que los efectos de una misma trama delictiva*. Por ejemplo la instalación destinada a alterar la medida del suministro de energía, involucra, como efectos suyos, las particulares sustracciones de ella; las particulares defraudaciones producidas mientras ese medio subsista, sólo serán efectos suyos; o si la repetición de la injuria contra la misma persona es el efecto del modo elegido por el autor<sup>40</sup>;

d) *si entre los distintos hechos media una relación de servidumbre del posterior al anterior*, como sucede cuando uno de ellos tiende esencialmente a mantener y ocultar los efectos de los otros, tal como ocurre con las nuevas sustracciones consumadas para conjugar contablemente el déficit de caja<sup>41</sup>.

### C. Sometimiento a una misma sanción legal

Esta es la condición que le confiere unidad legal a los hechos que materialmente no son independientes. El sometimiento a una misma sanción depende:

a) de que todos los hechos constitutivos de la empresa delictiva merezcan la misma calificación delictiva, y

b) de que, en el caso de pluralidad de ofendidos, la naturaleza de los bienes lesionados admita esa unificación delictiva<sup>41 bis</sup>.

La unificación de la calificación no varía en razón del grado de la comisión delictiva (consumación y tentativa), ni del grado de la imputación delictiva (delito simple y delito calificado), siempre que la circunstancia calificativa no implique una modalidad ejecutiva materialmente distinta de la forma simple.

El apoderamiento simple constituye una modalidad ejecutiva distinta, del apoderamiento de ganado o del apoderamiento con fuerza en las cosas<sup>41 ter</sup>

<sup>40</sup> GÓMEZ, *Leyes penales anotadas*, t. I, N° 281, ps. 365 y ss., esp. 380.

<sup>41</sup> Otros ejemplos en NÚÑEZ, II, 258, nota 163.

<sup>41 bis</sup> Cfr. Cámara de Acusación de Córdoba, A.I. n° 63, 26/7/985, MANDELLI, ob. cit., T. I, p. 363, caso n° 553.

<sup>41 ter</sup> Por consiguiente, si el autor primero sustrajo diversos objetos de un vehículo y luego, al regresar a éste, usando fuerza, intentó apoderarse de otro objeto, no media un delito continuado, sino un concurso real del delito de hurto con la tentativa de robo. Cfr. NÚÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 252, nota 520.

o intimidación en las personas o con escalamiento; pero no se trata de modalidades ejecutivas distintas, si los apoderamientos realizados en el lugar mencionado en el artículo 163, inciso 7º, **que contemplaba la ley 21.338**, comprende simples cosas muebles y cosas muebles cuya calidad califica el hurto.

La naturaleza de los bienes lesionados puede impedir que los hechos materialmente dependientes y merecedores de una misma calificación, constituyan una unidad delictiva. No puede haber delito continuado de homicidio consumado, porque basta un hecho adecuado al artículo 79 para privar de la vida a la víctima. Pero, sí puede haber continuación cuando se atente contra la propiedad, el honor o la honestidad de una persona. Es posible, por ejemplo, apoderarse en forma delictivamente continuada o dañar en esa forma los bienes ajenos, así como son posibles los hechos de violación continuados. Si bien es posible la continuación temporal del delito de lesiones contra la misma persona (por ejemplo, las sevicias), la calidad personalísima de la salud o de la estructura corporal, resulta incompatible con la continuación delictiva en caso de pluralidad de víctimas. Por el contrario, el uso de pesas o medidas falsas continúa una misma defraudación con pluralidad de víctimas. Finalmente, no media continuidad delictiva si la estructura del delito excluye la repetición de la conducta, so pena de multiplicarlo, pues aquélla, como la continuación de algo, requiere la prosecución de algo no concluido y no la repetición del mismo delito concluido. Por esta razón, no constituye un delito continuado la conducta de quien, en el mismo acto, le entrega al mismo acreedor varios cheques sin fondos, para totalizar con sus parciales la cantidad que le adeuda<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> NUÑEZ, *¿Concurso real, delito continuado o un solo delito?*, Doctrina Penal, 1983, p. 93 y sgtes.; también, NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 253. En contra, Cámara de Acusación de Córdoba, A.I. n° 162, 16/9/976, MANDELLI, ob. cit., T. I., p. 355, caso n° 539; pero también NUÑEZ, *Manual*, 3ª ed., p. 323.



Décima Parte

**LA PENA**



## Capítulo I

### PRINCIPIOS GENERALES

#### I. *Concepto de la pena*<sup>1</sup>

La *pena* es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito.

Cualquiera que haya sido la finalidad política que se le haya asignado al derecho penal, la pena ha consistido siempre en la *pérdida de un bien del delincuente*. Entran en este concepto tanto la pérdida de la vida, libertad, propiedad, fama y derechos o facultades, como la imposición de ciertas cargas penales, según son el trabajo y otras obligaciones<sup>2</sup>.

La pérdida de bienes es jurídicamente un mal, porque significa la privación a la persona de algo de lo que gozaba o la imposición de una carga personal que no tenía la obligación jurídica de soportar. La pena sólo puede consistir en la pérdida de lo que representa un valor jurídico. Implicaría un contrasentido una pena consistente en lo que para el derecho no significa un mal, sino un bien.

Sólo la pérdida de bienes como *retribución* por el mal causado por el delito cometido es una pena. Esa pérdida también puede experimentarse por responsabilidades que, como la aquiliana y la contractual, no se asientan en la idea de una retribución por el mal causado, sino en la de su reparación mediante la restauración real o aparente de las cosas al estado anterior a la infracción.

La pena no es *reparatoria* del mal causado por el delito, ya que no compone la ofensa en que éste consiste<sup>3</sup>. La pena es *retributiva* porque con ella la

<sup>1</sup> NUÑEZ, II, 345.

<sup>2</sup> Por ej., el servicio de las armas (C. P. de 1886, 233; RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1910, p. 305. Abogaba por ella, MOYANO GACITUA, *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1899, ps. 286 y ss.).

<sup>3</sup> Ni siquiera la multa de carácter penal produce ese efecto cuando se la impone en razón de sanciones pecuniarias impositivas, pues no se la impone para reparar el perjuicio patrimonial, sino para prevenir y evitar que la infracción se repita (C. S. de la Nación, 13-IV-942, *Fallos*, t. 192, p. 229, y los precedentes allí citados).

sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales. La pena es la retribución a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad<sup>4</sup>. La pena es, por consiguiente, intransferible<sup>4 bis</sup>.

## II. *El fin de la pena*<sup>5</sup>

El fin de la *pena* no es la expiación de sentido moral porque el delito no es un mal consistente en la motivación inmoral de la voluntad, curable por la fuerza del dolor que causa la pena y que expía la culpa<sup>6</sup>. La pena tampoco es una expiación de sentido jurídico que sólo tienda a devolver mal por mal, pues no se castiga porque se ha delinquido (*quia peccatum est*), sino para que no se delinca (*en peccetur*). Este es el fin jurídico de la pena, al que lo puede lograr por dos vías. Por un lado, lo puede lograr procurando que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, a fin de posibilitar su adecuada reinserción social<sup>7</sup> y evitando así su recaída mediante el cumplimiento efectivo de la pena (*coacción penal*) o su suspensión condicional (*prevención penal*) (*fin individual de la pena*). Por otro lado, la pena puede lograr su fin de que no se delinca, funcionando como prevención respecto de los demás miembros de la sociedad (*fin general de la pena*).

## III. *Garantías constitucionales respecto de la pena*

La Constitución confiere a los habitantes de la Nación las siguientes garantías:

a) la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (art. 18);

b) la de que quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes (art. 18);

c) la de que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ella (art. 18);

<sup>4</sup> Sobre las teorías enunciadas respecto del fundamento de la pena, ver FONTÁN BALESTRA, III, 241 y ss.; SOLER, II, § 63.

<sup>4 bis</sup> "Es inaceptable la imposición de la pena de comiso de un objeto introducido de contrabando cuando él se halla en poder de un tercero, adquirente de buena fe, porque en tal caso resultaría violado el principio de la identidad del delincuente y del condenado, haciendo recaer una pena sobre un inocente, con violación de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional" (C. S. de la Nación, 6-X-972, Fallos, t. 284, p. 43).

<sup>5</sup> NÚÑEZ, II, 348.

<sup>6</sup> Tal era el fin que le atribuían a la pena las llamadas doctrinas absolutas, para las cuales la pena era el medio moral para curar el mal moral del delito (ver BINDING, *Compendio di diritto penale*, Roma, 1927, § 86).

<sup>7</sup> Art. 1º de la Ley Penitenciaria Nacional, 24.660 (B.O. 16/VII/996).

d) la de que la pena del delito de traición contra la Nación será fijada por una ley especial y no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado (art. 119); y

e) la de que la confiscación de bienes está borrada para siempre del Código Penal argentino (art. 17).

La *garantía mencionada sub a)* implica:

a<sup>1)</sup> que la aplicación de la pena es siempre facultad del Poder Judicial. Cuando, por tratarse de una pena por una infracción de naturaleza administrativa, la Administración tiene la facultad de aplicar la sanción, es una garantía constitucional el derecho del condenado a que los tribunales de justicia puedan revisar esa aplicación si el interesado así lo dispone.

a<sup>2)</sup> que la pena sólo puede aplicarse mediante un juicio cuyas exigencias son la acusación, la prueba, la defensa y la sentencia legalmente fundada;

a<sup>3)</sup> que la naturaleza y medida de la pena debe estar establecida mediante la definición o mención del delito a la que le corresponde, por una ley anterior a la comisión del hecho de que se trata, salvo si la ley posterior es más benigna.

La *garantía mencionada sub b)* significa:

b<sup>1)</sup> que los delitos que obedecen a causas políticas no pueden ser castigados con la pena capital. Las causas políticas no equivalen a delitos políticos. Estos son los delitos que ofenden bienes de naturaleza política, como son la seguridad exterior o interior de la Nación, la incolumidad de los poderes de gobierno y la organización constitucional. En cambio, las causas políticas no atienden únicamente a los efectos jurídicos de los delitos, sino también a la naturaleza del derecho que los autores pretenden ejercer de una manera ilícita, según es el ejercicio de la soberanía originaria del pueblo en forma vedada por la Constitución, como sucede en la rebelión, en la sedición y en el motin<sup>8</sup>;

b<sup>2)</sup> que la pena no puede consistir en un dolor corporal causado por azotes<sup>9</sup> u otros medios de coerción física<sup>10</sup>.

La *garantía mencionada sub c)* quiere decir que queda proscripta toda medida de crueldad o excesivo rigor contra los presos<sup>11</sup>. Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad, no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarla en forma que aumente ese mal<sup>12</sup>.

La *garantía mencionada sub d)* exige, por un lado, la legalidad de la pena de la traición y la necesidad de que esa legalidad tenga su fuente en el

<sup>8</sup> Ver NUÑEZ, VI, 209 y 287.

<sup>9</sup> Sobre la pena de azotes, RIVAROLA, *Derecho penal argentino* cit., p. 167.

<sup>10</sup> Véase FONTÁN BALESTRA, III, § 64, II.

<sup>11</sup> C. S. de la Nación, 22-III-879, Fallos, t. 21, p. 121 (p. 131).

<sup>12</sup> J. V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª ed. núm. 188; Estrada, *Curso de derecho constitucional, federal y administrativo*, ed. de 1895, p. 169. Ver *Ley Penitenciaria Nacional*, art. 9º; C. P., 143, inc. 4º, 2ª disposición; 144 inc. 3º, y 144 ter.



Congreso de la Nación, sin que circunstancia alguna pueda justificar frente a la Constitución, que un Poder Ejecutivo pueda establecerla<sup>13</sup>. Por otro lado, oponiéndose a los precedentes de la tiranía rosista, asegura la personalidad de la pena del delito de traición y de la nota de infamia inherente a ella<sup>14</sup>. Ni la pena ni la infamia pueden ser trascendentes.

La *garantía sub e*)<sup>15</sup> prohíbe, en lo que el derecho penal atañe, que la pena consista en la adjudicación al erario público o fisco de todos los bienes del delincuente. Lo que caracteriza a la confiscación represiva prohibida por el artículo 17 de la Constitución, es su generalidad, que es lo que la distingue de los decomisos y multas, que son lícitos cuando se imponen como pena con arreglo a la ley<sup>16</sup>.

Con la incorporación al art. 75 inc. 22º de la C.N. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros pactos y tratados, la reforma constitucional de 1994 amplió el círculo de las garantías relativas a la pena. Así, se consagra en forma expresa y general el principio de que la pena no puede trascender de la persona del delincuente de manera que, ahora, aquél no solo es derivable de un argumento legal (C.P. 70) ni está, constitucionalmente, limitado al delito de traición. En lo que concierne a la pena de muerte, dado el status abolicionista de nuestro país, en el que esa pena fué abolida por obra de la ley 23.077, rige la prohibición de restablecerla<sup>16bis</sup>.

<sup>13</sup> NUÑEZ, VI, 211.

<sup>14</sup> Ver NUÑEZ, II, 361y VI, 211.

<sup>15</sup> Sobre ella, NUÑEZ, II, 362.

<sup>16</sup> TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, Primera parte, *Leyes de fondo*, 2ª ed., Buenos Aires, 1871, núm. 133; RIVAROLA, *Derecho penal argentino* cit., p. 168; RAVIGNANI, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. IV, Buenos Aires, 1937, p. 515. Las confiscaciones prohibidas no alcanzan a los impuestos porque son medidas personales y de fines penales (C. S. de la Nación, 23-VIII, 906, *Fallos*, t. 105, p. 50).

<sup>16 bis</sup> DE LA RUA, *Código* cit., 2ª ed., p. 118, par. 65, sostiene que nuestro país tenía dicho status en virtud de la derogación de la ley 23.077, anterior a las leyes 23.054 y 23.313 y la reforma constitucional de 1994, status que no se altera porque el C.J.M. prevea la pena de muerte, porque es una situación particular -dice- regulable por el *jus bellum* y, por tanto, ajena al contenido de los Pactos. Afirma un status abolicionista, fundado, entre otras razones, precisamente en aquella previsión en el C.J.M., LAJE ANAYA, *Constitución Nacional, Convención Americana sobre derechos humanos y pena de muerte*, Semanario Jurídico n° 889, 18/VI/992, p. 177; también en *Notas...* cit., T. I, p. 44, nota n° 1. ZAFFARONI, *Manual*, 6ª ed., p. 622, considera que, sea por la vía del párrafo 2º o la del párrafo 3º del art. 4 del llamado Pacto de San José, al Estado Argentino le está prohibido reestablecer la pena de muerte, salvando posibles interpretaciones gramaticales en contrario, con el principio de progresividad hacia el abolicionismo y una opinión consultiva de la Corte Interamericana del 8/9/983.

El principio de humanidad de las penas, conformado por las garantías expresadas *supra sub b<sup>2</sup> y sub c*)<sup>16ter</sup>, se ha visto reconfigurado porque, ahora, lo integra, ampliándolo, la proscripción de *los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes*. Esta prohibición modifica el marco anterior a 1994 en el sentido que, desde que se proscriben no solo los *tratos* sino también las *penas* crueles, inhumanas y degradantes, el *principio de humanidad de las penas* ya no sólo excluye toda medida de crueldad o de excesivo rigor en lo que atañe a la ejecución de la pena (C.N. 18: "*las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...*"), sino también a su consistencia, excluyéndose así las penas corporales, pero también, actualmente, aquellas cuya inhumanidad o crueldad no reside sólo en que el mal impuesto por la pena importa un sufrimiento físico, como los tormentos y los azotes (C.N., 18)<sup>16quater</sup>.

Además se establece que la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad es la reforma y la readaptación social de los condenados; se dispone que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido de la dignidad inherente al ser humano; se prohíben también penas que privan el honor de la persona (penas infamantes) y la de destierro respecto de los nacionales; se garantiza la separación de condenados y procesados, salvo circunstancias excepcionales, y el tratamiento de los últimos conforme su condición de personas no condenadas; si la pena impuesta va acompañada de trabajos forzosos, se garantiza que estos no afecten la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso y que deben realizarse bajo vigilancia y control de las autoridades públicas, sin que los individuos que los efectúen puedan ser puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado. Por último, salvo en lo que concierne a los deberes alimentarios, se prohíbe constitucionalmente la pena de prisión por incumplimiento de *puras obligaciones civiles* (prisión por deudas), porque desde que se prohíbe la privación de la libertad como medida de coerción (la detención), *a fortiori*, resulta prohibida la privación a título de pena.

<sup>16ter</sup> Véase NUÑEZ, I, 120, y la remisión que allí efectúa. Sobre la regulación y antecedentes de esos tratos y penas en el derecho supranacional, VÍCTOR FÉLIX REINALDI, *El delito de tortura*, p. 41 y sgtes., Depalma, Buenos Aires, 1986. En los casos en que se hubieran impuesto torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes por agentes estatales, sea como castigo ilegal o como medio ilegal de obtener prueba, sobre la base que ello -se dice- constituiría una pena, se postula una compensación judicial entre esos tratos o penas y las penas legales. Ver ZAFFARONI, *Las penas crueles y la doble punición*, Semanario Jurídico n° 1040, p. 665.

<sup>16 quater</sup> La cuestión de si las escalas penales establecidas por el legislador son revisables judicialmente, antes de la reforma de 1994, dió lugar a posiciones encontradas: véase, por ejemplo, RICARDO JUAN CABALLERO, *Protección penal de automotores*, Doctrina Penal 1987, p. 738 y sgtes, y DANIEL P. CARRERA, *De nuevo sobre la inconstitucionalidad del art. 38 de la ley de automotores*, Semanario Jurídico 813, 25/X/990, p. 2. La nueva conformación del principio de humanidad de las penas reedita la cuestión, pero sobre bases distintas. Véase, también, ROBERTO V. VÁZQUEZ, *La Racionalidad de la pena*, Alción editora, Buenos Aires, 1995.

#### IV. División de las penas

##### I. División por su naturaleza

Las penas se dividen por su naturaleza con arreglo al bien del delincuente que afectan.

Las *penas corporales* o aflictivas son las que causan dolor, aflicción o incomodidad al cuerpo humano<sup>17</sup>. Tales eran las penas de azotes, flagelación, rotura de miembros, etc.

Las *penas privativas de la libertad* son las que causan la privación de la libertad ambulatoria mediante encierro (*reclusión, prisión, arresto*, etc.), obligación de residencia en un lugar (*deportación*<sup>18</sup>, *confinamiento*<sup>19</sup>) o prohibición de habitar en un lugar determinado en el país (*destierro local o general*)<sup>20</sup>.

Las *penas pecuniarias* afectan el patrimonio del delincuente. Tienen esta naturaleza los pagos de una cantidad de dinero (*multa*)<sup>21</sup> y la pérdida de efectos o instrumentos (*comiso o decomiso*)<sup>22</sup>.

Las *penas impeditivas* o *privativas* son las que incapacitan para el ejercicio de derechos, empleos, cargos o profesiones (*inhabilitación*)<sup>23</sup> o producen la pérdida del empleo o cargo (*destitución*)<sup>24</sup> o impiden temporalmente su ejercicio (*suspensión*)<sup>25</sup>. La inhabilitación implica la destitución<sup>26</sup>. A estas penas se las denominaba *penas privativas del honor*<sup>27</sup>.

Las *penas humillantes* son aquellas que por su efecto degradante o depresivo afectan el honor de la persona que las padece. Tales son: a) desdecirse verbalmente de lo que se ha dicho, escrito o publicado, en forma pública o privada (*retractación*)<sup>28</sup>; b) confesar verbalmente en delito cometido para desgraviar al ofendido pública o privadamente (satisfacción)<sup>29</sup>; c) la represen-

<sup>17</sup> TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, Primera parte cit., N° 114.

<sup>18</sup> Ver el art. 11 de la Ley de Reformas 4189 (22-VIII-903); RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, p. 36.

<sup>19</sup> Ver el art. 21, § 1º, tít. II, lib. II, part. 1ª, del Proyecto Tejedor y su nota; ELÍAS, *El código penal estudiado en sus principios*, Buenos Aires, 1880, p. 141; MOYANO GACITÚA, *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1899, p. 314.

<sup>20</sup> Ver el art. 19, § 2, t. II, lib. IIº, part. 1ª del Proyecto Tejedor y su nota; el art. 71 del C. P. de 1886, y TEJEDOR, *Curso cit.*, núm. 120.

<sup>21</sup> C. P., 21.

<sup>22</sup> C. P., 23.

<sup>23</sup> C. P., 19 y 20.

<sup>24</sup> Proyecto Tejedor, art. 3, § 3, tít. IIº, lib. IIª, part. 1ª; OBARRIO, *Curso de derecho penal*, Buenos Aires, 1902, p. 277; MOYANO GACITÚA, *ob. cit.*, p. 316.

<sup>25</sup> Proyecto Tejedor, art. 4, § 3, tít. II, lib. IIº, part. Iª.

<sup>26</sup> Proyecto Tejedor, arts. 1 y 2, § 3, tít. IIº, lib. IIº, part. Iª; C.P., 19 y 20; OBARRIO, *Curso cit.*, p. 277.

<sup>27</sup> Proyecto Tejedor, epigrafe del § 3, tít. IIº, lib. IIº, part. Iª; OBARRIO, *Curso cit.*, p. 273.

<sup>28</sup> Proyecto Tejedor, arts. 6 y 8, § 3, tít. II, lib. IIº, part. Iª y su nota. El C.P. la prevé como causa de exención de pena por injuria y calumnia (art. 117; NUÑEZ, IV, 193 y ss.).

<sup>29</sup> Proyecto Tejedor, arts. 7 y 8, § 3, tít. IIº, lib. IIº, part. Iª; OBARRIO, *Curso cit.*, p. 283.

sión personal pública o privada<sup>30</sup>, y d) la sujeción a la vigilancia de la autoridad<sup>31</sup>.

Cuando el Código Penal se refiere a la *naturaleza de las penas*, a la *naturaleza* le atribuye el significado de especie de pena, según resulta de comparar los artículos 5, 55, 56 y 57. Como *penas privativas de libertad*, el Código penal prevé la reclusión y la prisión (arts. 5, 6 y 9). Como *pena pecuniaria* prevé la multa (arts. 5, 21 y 22 bis) y el comiso (art. 23), y como *pena impeditiva*, la inhabilitación (arts. 5, 19, 20 y 20 bis).

El orden de la *gravedad relativa* de las penas es el siguiente: reclusión, prisión, multa e inhabilitación (C. P., 5 y 57).

El valor relativo de las penas es, a los efectos de la prisión preventiva sufrida durante el trámite del juicio, el establecido por el artículo 24 del Código Penal, con la limitación, en la relación de la multa con la prisión, del artículo 21, § 2º.

## 2. Penas principales y accesorias<sup>32</sup>

Las penas son *principales* o *accesorias*. Son *principales* aquellas cuya imposición no está subordinada a la aplicación de otra pena. Según el Código Penal, tienen ese carácter las penas de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5). Son *accesorias* las penas inherentes a otra pena principal. La accesoriedad se manifiesta procesalmente por no ser necesario que las penas de esta clase se impongan expresamente en la sentencia. Son penas accesorias la inhabilitación del artículo 12 del Código Penal, el decomiso del artículo 23 del mismo código, la pérdida de la carta de ciudadanía y la expulsión del país (Ley 12.331, art. 17 [Profilaxis Antivenérea]). El carácter principal o accesorio de las penas no depende de su naturaleza, sino de la forma cómo las conmina la ley<sup>33</sup>.

## 3. División de las penas por su duración<sup>34</sup>

Las penas son *perpetuas* o *temporales*. Son *perpetuas* las que duran por vida del condenado. Pueden tener este carácter la reclusión y la prisión (C. P., 6 y 9) y la inhabilitación (V. gr. C. P., 214); empero, la reclusión y la prisión perpetuas pueden cesar a los veinte años si el condenado es acreedor a la libertad condicional (C. P., 13 y ss.), y la inhabilitación perpetua a los diez o a los cinco años, según se trate de inhabilitación absoluta o especial, si el

<sup>30</sup> Proyecto Tejedor, art. 10, § 3, tít. IIº, lib. IIº, part. 1ª y su nota.

<sup>31</sup> Proyecto Tejedor, art. 9, § 3, tít. IIº, lib. IIº, part. Iª, y su nota; C.P. de 1886, 78. El C. P. la prevé como medida de vigilancia del liberado condicionalmente (art. 13).

<sup>32</sup> NUÑEZ, II, 364 y 442; FONTÁN BALESTRA, III, § 63; SOLER, II, §§ 65 y 69.

<sup>33</sup> Por ej. la Ley 17.818, de estupefacientes, preveía como penas principales la clausura y el comiso (art. 23).

<sup>34</sup> NUÑEZ, II, 372.

condenado es acreedor a la rehabilitación (C. P., 20 ter). Son *temporales* las penas que duran por algún tiempo. Pueden tener este carácter la reclusión y la prisión (C. P., 6 y 9) y la inhabilitación. El Código penal no establece en su Parte general cuál es el máximo y el mínimo de las penas temporales. Con arreglo a las medidas de las penas conminadas en la Parte especial, el máximo legal de la reclusión y la prisión es de veinticinco años. El mínimo legal de la prisión es de cuatro días (C. P., 96), y el de la reclusión, de quince días (C.P., 93).

### V. Modos de conminar las penas

La ley conmina a veces una sola pena principal para el delito y otras, conmina varias. En este último caso, las penas pueden ser *alternativas* o *conjuntas*.

Son *penas alternativas* las que no se pueden aplicar acumulativamente, sino que el juez debe optar por una de ellas. La fórmula legal usa la conjunción disyuntiva o (art. 79, 94 y 142). La alternatividad obedece a la idea de posibilitar la individualización de la pena, atendiendo de modo principal al móvil del delito y a la individualidad del agente<sup>35</sup>. Las penas alternativas se denominan *paralelas* si, diferenciándose cualitativamente, están conminadas en magnitudes o escalas semejantes.

Son *penas conjuntas* las que se aplican unidas. Por lo general, en este caso, la ley vincula las penas aplicables mediante una conjunción copulativa (arts. 143 [Ley 14.616] y 175 bis). A veces, usa otra fórmula (art. 260, 2ª parte). La acumulación puede ser facultativa (C. P., 20 bis y 22 bis). Las penas conjuntas encuentran su razón en el resguardo de los distintos intereses lesionados por el delincuente.

Las *penas conminadas* por la ley son *indivisibles* o *divisibles*. Son *indivisibles* las penas fijas por su naturaleza (pena de muerte) o por la forma de su imposición (por ejemplo, un año de prisión o reclusión; mil pesos de multa). Son penas fijas o rígidas. Son *divisibles* las penas conminadas por escalas penales determinadas por su mínimo y su máximo, entre las cuales puede el juez elegir la pena aplicable en el caso, con arreglo a sus circunstancias objetivas y subjetivas (C. P., 40 y 41). Estas son penas elásticas o flexibles. La reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación pueden amenazarse en forma divisible.

### VI. Individualización de la pena<sup>36</sup>

El abandono del sistema clásico de la penas rígidas y la adopción del sistema de las penas alternativas y de las penas divisibles, trasladó la cues-

<sup>35</sup> HERRERA, *El nuevo código penal*, Universidad Nacional de Córdoba, 1922, ps. 57 y ss.; íd., *La reforma penal*, núms. 79 y ss.

<sup>36</sup> R. SALEILLES, *Individualización de la pena*, 2ª ed., trad. por JUAN DE HINOJOSA, Madrid, Hijos de Reus, editores, 1914. La primera edición francesa de esta obra fundamental en el tema, es de 1898, y la segunda edición, que es la traducida, apareció en 1908. Sobre nuestra ley, NUÑEZ, II, 452.

tión de la *individualización legislativa* de la pena a su *individualización judicial*, e, incluso, tratándose de penas privativas de la libertad, a su *individualización administrativa* para posibilitar que su ejecución resulte un medio adecuado para lograr que cada delincuente adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, como asimismo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad denunciada (Ley Penitenciaria Nacional, art. 1º).

Cuando el legislador conmina la pena para el que cometa un delito determinado, la *individualiza de una manera general*, porque lo hace en consideración a todas las formas posibles de cometer el delito y respecto de cualquier persona que lo cometa. La *individualización legal* tiene dos momentos. En el primero y fundamental, el legislador adecua la pena a cada figura delictiva básica, guiándose por el valor social del bien ofendido y el modo particular de ofenderlo captado por la figura de que se trata. En el segundo momento, el legislador disminuye o aumenta la pena con arreglo a las circunstancias particulares que menciona en las figuras privilegiadas (*atenuadas*) o calificadas (*agravadas*) del mismo delito.

La *individualización judicial* de la pena es la que hace el juez en la sentencia condenatoria, fijando dentro del marco de la pena individualizada en forma general por el legislador, la que, con arreglo a las modalidades objetivas y subjetivas del delito cometido, debe sufrir el condenado.

En los casos de penas elásticas o flexibles, vale decir, divisibles por razón de tiempo de cantidad, el Código Penal ha establecido el criterio para que los tribunales fijen la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso (art. 40).

A esos efectos los tribunales deben tener en cuenta la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados (art. 41, inc. 1º). Estas son *circunstancias objetivas* que se refieren al delito en sí, con prescindencia de la persona que lo ha cometido. Comprenden el comportamiento físico del autor del delito y el perjuicio efectivo para los bienes de terceros y la amenaza de su ocurrencia.

Los tribunales también tendrán en cuenta para determinar, dentro de la escala legal, la pena que el delincuente debe sufrir, la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tenido en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez debe tomar conocimiento directo y de visu (personal) del sujeto, de la víctima y de las circuns-

tancias del hecho en la medida requerida para cada caso (art. 41, inc. 2º)<sup>37</sup>. El conocimiento directo y de visu es la forma de comprobación exigida por la ley respecto de las *circunstancias subjetivas* mencionadas por el inciso 2º, cuyo defecto total en la medida requerida por cada caso, dada la naturaleza procesal de la exigencia, origina la nulidad de la sentencia por falta de la fundamentación legalmente requerida<sup>38</sup>. La enumeración del artículo 41 es puramente enunciativa y explicativa, y no excluye circunstancias referentes a la persona o al hecho dignas de ser consideradas<sup>39</sup>.

La base subjetiva de la medida de la pena puede ser distinta. Puede ser la mayor o menor culpabilidad del delincuente, en razón de su mayor o menor violación del deber de no delinquir. Puede ser su mayor o menor perversidad, en razón de su mayor o menor maldad o corrupción moral. Puede ser su mayor o menor peligrosidad delictiva, en razón de su mayor o menor capacidad para cometer nuevos delitos<sup>40</sup>. Puede ser, finalmente, una base combinada de esos criterios. El artículo 41 del Código Penal ha adoptado como base subjetiva de la medida de la pena la mayor o menor peligrosidad del delincuente. Esto significa asentar la represión en el dualismo culpabilidad-peligrosidad. La primera como fundamento de la responsabilidad penal y la segunda como medida de ella <sup>40bis</sup>.

<sup>37</sup> Sobre las circunstancias mencionadas en el art. 41, NUÑEZ, II, 460; Finzi, *La adaptación de la pena al delincuente según los arts. 40-41 del Código Penal*, Direc. Gral. de Publicidad de la Universidad Nacional de Córdoba, 1954, § III, y Apéndice (p. 41), y *addenda* (p. 46); HILDA MARCHIORI, *Determinación judicial de la pena -art. 41 del CP-*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995.

<sup>38</sup> En favor de la nulidad de la sentencia, GALLARDO, J. A., 1954-II, sec. doct., p. 144. Los tribunales que no la admiten no advierten que la fórmula legal "en la medida requerida para cada caso", no consagra una facultad discrecional del juez, como piensa la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, *Fallos*, t. IV, p. 590, sino que le exige que realice el examen en la medida adecuada a la naturaleza y circunstancias de cada caso.

<sup>39</sup> Proyecto de 1891 (1ª ed.), ps. 74 y 77; *Código penal de la Nación Argentina*, Ed. Oficial, Buenos Aires, 1924, p. 536, Opina que la enumeración es taxativa, pero extensible por analogía, FINZI, *La adaptación de la pena* cit., núms. 13, 14 y 15.

<sup>40</sup> Determinable por la mayor o menor probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir (JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso*, Madrid, 1922, p. 40; DÍAZ, *La seguridad pública y el estado peligroso*, p. 197 ("Revista penal argentina", t. V, julio a diciembre 1924); RAMOS, *El "estado peligroso" y el código penal*, p. 14 ("Revista penal argentina", t. VI).

<sup>40bis</sup> Sobre la culpabilidad como fundamento y medida de la pena, o como criterio limitativo o regulador de ella, véanse las ponencias presentadas al *Coloquio internacional celebrado bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales de Chile entre el 4 y el 12 de abril de 1973* ("Revista de ciencias penales", Tercera época, enero-abril 1973, N° 1, t.XXXII).

## Capítulo II

### **LAS PENAS EN PARTICULAR**

#### *I. Penas principales*<sup>41</sup>

La de reducir el número de las penas ha sido la tendencia de nuestra codificación<sup>42</sup> El Código Penal las ha reducido a las penas de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5).

##### *1. Pena de muerte*<sup>43</sup>

La *pena de muerte* fué admitida por la Ley 49 (14-IX-863), el Proyecto Tejedor, el de 1881, el Código de 1886, la Ley de Reformas 4189 (22-VIII-903) y la Ley de Seguridad Social 7029 (30-VI-910), así como los Proyectos de 1891 y 1906 y el Proyecto de Reformas del Senado de 1933<sup>44</sup>. La eliminó el Proyecto de 1917 y sus razones fueron: la falta de derecho de matar al semejante, la irreparabilidad del mal, la necesidad de que el condenado viva para reparar el perjuicio causado a la víctima y a la familia, la imposibilidad de un diagnóstico de incorregibilidad absoluta del autor en cuya virtud pueda afirmarse que sea necesario matar, las contadísimas ocasiones en que se aplicó la pena de muerte establecida por el Código de 1886 y, finalmente, la tendencia abolicionista de la legislación comparada<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> NUÑEZ, II, 345.

<sup>42</sup> Ver NUÑEZ, II, 364.

<sup>43</sup> PORTO, *La pena de muerte en la República Argentina* ("La Ley", t. 28, p. 1005); VIDAL, *La pena de muerte*, Universidad Nacional de Córdoba, 1964; BARBERO SANTOS, *La pena de muerte, Problema actual*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964.

<sup>44</sup> Ver PECO, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936, p. 215.

<sup>45</sup> *Código Penal de la Nación Argentina* - Ed. Oficial, Buenos Aires, 1924, ps. 115 y ss. Entre nuestros autores de fines del siglo pasado y de comienzos del presente, fueron contrarios a la pena de muerte: ESTRADA, *Curso de derecho constitucional* [2ª ed., t. III, Buenos Aires, 1927, p. 393 ("Una monstruosidad de nuestro siglo"); PIÑERO, *Ligeros apuntes de derecho penal* - Curso de 1887, p. 151; OBARRIO, *Curso de derecho penal*, nueva ed., 1902, p. 219 ("en resumen: la pena de muerte no es necesaria, ni justa, ni moral, ni proporcionada, ni ejemplar, ni reparable"); HERRERA, *Diario de Sesiones del Senado de la Nación*, 1903, p. 174 ("no sólo es

---



El Código Penal de 1922 no receptó la pena de muerte; lo hizo, en cambio, el artículo 11 de la Ley de Espionaje y Sabotaje 13.985 (11-X-950), derogada por la Ley 16.648 (30-X-964). La restableció la Ley 18.701 (2-VI-970) y la mantuvo la N° 18.953 (17-III-971), que derogó la anterior. La Ley 18.953 la conminó, en forma alternativa con la reclusión perpetua, para el latrocinio (art.80, inc. 7°) y otros homicidios calificados (art. 80 bis), para determinados atentados contra la libertad personal (art. 142), la asociación ilícita (art. 210 ter.), el atentado del artículo 225 ter y el uso de medios identificatorios del artículo 247 ter, 2ª y 3ª partes<sup>46</sup>. Se trataba de un sistema de defensa frente al auge del bandolerismo y como refuerzo, aparentemente ineficaz, de la incapacidad de las fuerzas policiales, de seguridad y militares. La Ley 20.509 privó de eficacia a esas disposiciones, pero luego la ley 21.338 restauró la vigencia de la pena de muerte para muchos delitos. Finalmente, la ley 23.077 eliminó del C. P. la pena de muerte y, según lo visto supra III, está prohibido su restablecimiento (C.N. 75 inc. 22 y Convención Americana sobre Los Derechos Humanos, art. 4 inc. 3°)<sup>46 bis</sup>.

Las razones jurídicas fundamentales para excluir la pena de muerte del derecho penal común son, por una parte, que ella implica el abandono del fin individual de la pena, porque no tiende a la readaptación del delincuente; y, por otra parte, que la pena capital no satisface la necesidad de que la defensa

---

inútil, sino que es gravemente perjudicial"); RIVAROLA, *Derecho penal argentino* cit., Libro tercero, Cap. II. Fueron partidarios de su aplicación, TEJEDOR, *Curso de derecho criminal, Leyes de fondo* cit., p. 82 ("creemos con MONTESQUIEU que la pena de muerte puede ser remedio de una sociedad enferma; y que habría locura en su abolición, mientras las cárceles permanezcan en el estado en que hoy se hallan; reconociendo sin embargo, que está prodigada espantosamente en nuestra legislación y tiene el gran defecto de ser irreparable"); MOYANO GACITÚA, *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino* cit., ("Puede suceder que una especie de epidemia de grandes delitos, como el bandolerismo en Italia en el siglo XVI, hagan necesaria la sobrevaloración de la pena ordinaria y la multiplicación de ejecución en capitales. En estos casos, y por hoy, no puede negarse que la pena de muerte es una necesidad", p. 253. "La pena de muerte aplicada al asesinato, o sea al homicidio ejecutado con alevosía no nos parece exigida por la opinión actual, ni la creemos tampoco necesaria tratándose del parricidio en la extensión que a éste le da la ley, es decir, a la muerte dada a cualquier ascendiente o descendiente; sino sólo en la muerte dada entre padre e hijo, solamente. Tampoco creemos que en general la reincidencia de homicidios deba traer la pena de muerte, si por otra parte hay seguridad en la reclusión del criminal, porque la opinión no exige tales satisfacciones", p. 254). LISANDRO SEGOVIA admitió la pena de muerte en el proyecto que elaboró en 1895 (PORTO, *La pena de muerte*, cit., § M).

<sup>46</sup> El Código de Justicia Militar (ley 23.049) prevé la pena de muerte en los arts. 642 y 643 (rebelión), 629 y 632 (espionaje) y 621 (traición). Ver COLOMBRES, *El derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, 1953, p. 84.

<sup>46 bis</sup> Sobre las consecuencias que traería considerar que nuestro país no tiene status abolicionista respecto de la pena de muerte, y su consecuente inclusión en el supuesto del inc. 2° del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase DE LA RUA, ob. cit., 2ª ed., p. 118 y sgte.

de la sociedad se realice con el mínimo de suficiencia, pues la seguridad social puede lograrse con medios menos gravosos que admiten subsanar un error. Este segundo argumento presupone un sistema represivo razonablemente concebido y con posibilidades de una eficaz ejecución.

## 2. *Penas privativas de libertad*<sup>47</sup>

### A. *Concepto*

Por la vigilancia y el gobierno que permiten sobre la persona y el comportamiento del penado, las penas privativas de libertad se presentan como las más aptas para que, razonablemente aplicadas, logren su fin individual. Se dice, por eso, que son penas reformadoras. Las penas privativas de libertad son, por el contrario, las más costosas para el Estado, sobre todo si la falta de una adecuada estructura, organización y administración penitenciarias, no permite aprovechar las posibilidades laborales de la población carcelaria. También, aplicadas sin resguardos para la salud física y moral de los presos, constituyen una peligrosa fuente de corrupción y delincuencia.

### B. *Lo que dispone el Código Penal*

El Código Penal prevé como penas privativas de libertad la *reclusión* y la *prisión*. Ambas son penas de encierro, esto es, privativas de la libertad ambulatoria, pero no de la libertad de movimiento corporal, pues los grillos, el cepo y la estaca están prohibidos por ser torturas o malos tratos (Ley Penitenciaria Nacional, art. 9). Incluso en los traslados de los penados deberán evitarse medidas que, so pretexto de seguridad, supongan padecimientos innecesarios (L. P. N., art. 71). Ambas penas, que pueden ser temporales o perpetuas, no están exhaustivamente estructuradas por el Código Penal.

Según el Código Penal, la diferencia entre la reclusión y la prisión reside en el trabajo y en la disciplina carcelaria. La *pena de reclusión*, perpetua o temporal, se debe cumplir con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos pueden ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares (art. 6). Pero los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieran reclusión, sufrirán la condena en prisión, no pudiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento (art. 7).

Por el contrario, la pena de prisión, perpetua o temporal, debe cumplirse, según el Código Penal, con trabajo obligatorio en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos (art. 9)<sup>48</sup>; y cuando la prisión no excediere

<sup>47</sup> NUÑEZ, II, 369.

<sup>48</sup> No conocemos que alguna vez los condenados a prisión hayan contado con ese tipo de establecimientos.

de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias (art. 10)<sup>49</sup>.

Los plazos de la reclusión y la prisión temporales se cuentan con arreglo a los artículos 23 y ss. del Código Civil (C. P., 77). Un día de prisión preventiva se computa por uno de prisión, y dos días de prisión preventiva, por uno de reclusión (C. P., 24)<sup>50</sup>. El día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se cuentan de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha (C. C. 24). Si durante la condena el penado se vuelve loco, el tiempo de locura se computa para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste para que sea internado en un manicomio o establecimiento especial (C. P., 25) o excluido del régimen penitenciario común (L.P.N., 147-152)<sup>51</sup>.

### *C. Ejecución penitenciaria*<sup>52</sup>

La Ley Penitenciaria Nacional N° 24.660 (16-VII-96), que es complementaria del Código Penal (art. 229) y que, por consiguiente, con arreglo al artículo 75, inc. 12 de la Constitución de la Nación, está destinada a regir en todo el país, regula la ejecución de las penas de reclusión y prisión<sup>53</sup>. Esta ley tiende a lograr la "integración del sistema penitenciario nacional" (Cap. XVIII): a) exigiéndoles a las provincias revisar sus legislaciones y reglamentaciones penitenciarias a los efectos de concordarlas con las disposiciones de la L.P.N. (art. 228); b) permitiéndoles enviar sus condenados a los establecimientos nacionales cuando no tuvieran establecimientos adecuados, por no encontrarse en las condiciones requeridas para hacer efectivas las normas contenidas en dicha ley (C.P., 18; L.P.N., 210); c) conviniendo el gobierno nacional con los gobiernos provinciales, cuando no disponga de servicios propios, por intermedio del Ministerio de Justicia, el alojamiento a los procesados a disposición de los juzgados federales en cárceles provinciales (art. 214); d) admitiendo acuerdos entre la Nación y las provincias para la creación de establecimientos penitenciarios regionales (art. 211), y entre la Nación y las provincias y éstas entre sí para recibir o transferir condenados por sus respectivas jurisdicciones (art. 212)<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> La L.P.N., art. 33, concede el beneficio a los mayores de setenta años. Sobre la supervisión, concesión y revocación de la detención domiciliaria, véanse los arts. 32, 33 y 34.

<sup>50</sup> Sobre la razón del descuento de la prisión preventiva, HERRERA, *La reforma penal*, p. 242.

<sup>51</sup> Más detalles en NUÑEZ, II, 376.

<sup>52</sup> NUÑEZ, II, 377. Sobre la ley 24.660, véase LAJE ANAYA, *Notas a la Ley Penitenciaria Nacional*, Advocatus, Córdoba, 1997.

<sup>53</sup> La Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal n° 17.236 (10-IV-967), tiene por objeto la misión, dependencia, funciones y atribuciones de dicho servicio, la organización de su dirección nacional y el personal penitenciario.

<sup>54</sup> Ver la Ley N° 5247 (7-IX-971), por la que la Provincia de Córdoba aprueba el convenio con el Servicio Penitenciario Federal, sobre prestación de asesoramiento técnico penitenciario y recepción de condenados en los establecimientos nacionales.

La L.P.N. ha unificado la ejecución de la reclusión y de la prisión, consultando así la tendencia universal y de la legislación de nuestro país, así como la unificación que de hecho se venía practicando en las cárceles nacionales y provinciales. La modalidad particular de la ejecución penal no depende ya de la clase de pena impuesta, sino que es un resultado de la individualización administrativa del tratamiento. Pero, la unificación no ha borrado toda diferencia ejecutiva entre la reclusión y la prisión (C. P., 10 y 24).

La ejecución penitenciaria está sometida al permanente control judicial. Cabe al juez de ejecución o al competente garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley (art. 3). A tal fin, el juez tiene la obligación de verificar, al menos semestralmente, si el tratamiento se ajusta a las prescripciones de la ley y de los reglamentos que se dicten en su consecuencia (art. 208). La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades del régimen penitenciario son de competencia y responsabilidad administrativa, salvo que, como ocurre con las cuestiones que le atribuye el art. 4º, estén específicamente asignadas a la autoridad judicial (art. 11).

La L.P.N. establece un régimen penitenciario progresivo (art. 12) que consta de cuatro períodos: observación<sup>55</sup>, tratamiento, prueba y libertad condicional<sup>56</sup>. El *período de tratamiento* de la pena privativa de la libertad que se cumple en un establecimiento penitenciario cerrado, es fraccionable en fases que importan una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena (art. 14). Entre otros aspectos, integran el tratamiento:

a) El *régimen disciplinario*. Este tiende a posibilitar una ordenada convivencia, en beneficio del interno y para promover su reinserción social (art. 79);

b) El *trabajo*. Es una de las bases del tratamiento, constituyendo un derecho y un deber del interno (art. 106). No se impone como castigo ni puede ser aflictivo, denigrante, infamante ni forzado; propende a la formación y mejoramiento de los hábitos laborales, procurando la capacitación del interno para desempeñarse en la vida libre. Debe ser remunerado y con repeto de la legislación laboral y de seguridad social vigente, estando amparados frente a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales (art. 107).

El producto del trabajo del condenado o interno se aplicará simultáneamente, según la proporción establecida por el artículo 121 de L. P.N. (C. P., 11):

<sup>55</sup> El art. 13 L.P.N. establece que durante este período, se debe realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y pronóstico criminológico; recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento; indicar el período y fase de aquél que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe estar destinado y, determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización si fuere necesario.

<sup>56</sup> Ver art. 28 L.P.N.

1º) a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no se satisficieran con otros recursos (10%);

2º) a la prestación de alimentos según el Código Civil (35%);

3º) a costear los gastos que el interno causare en el establecimiento (25%),  
y

4º) a formar un fondo propio (*peculio*) que se le entregará al interno a su salida (30%).

En defecto de la obligación de indemnizar, el porcentaje de ella acrece el de la prestación de alimentos. En defecto de esas dos obligaciones, sus porcentajes acrecen el fondo propio del interno. Si sólo estuviese excluida la obligación alimentaria, su porcentaje acrece el correspondiente al fondo propio (arts. 123 a 125). También acrece este fondo, cuando durante el período de prueba el interno trabaja fuera del establecimiento, el porcentaje correspondiente a la satisfacción de sus gastos en aquél (art. 126). El interno sólo puede disponer del fondo propio o peculio con autorización de la Administración Penitenciaria. Ese fondo es inembargable e incensable y transmitible a los herederos (arts. 127 y 128).

c) La *educación*. Se asegurará al interno su derecho de aprender. La enseñanza será preponderantemente formativa, procurando que el interno comprenda sus deberes y las normas que regulan la convivencia en sociedad (arts. 133 y 134).

d) La *asistencia espiritual*. El interno tiene derecho a que se garantice y respete su libertad de conciencia y de religión; se facilite la atención espiritual que requiera y el oportuno contacto personal y por otros medios autorizados con un representante de su credo, reconocido en el Registro Nacional de Culto. En la medida de lo posible debe ser autorizado a satisfacer las exigencias de su vida religiosa, participar de ceremonias litúrgicas y tener libros de piedad, de moral e instrucción de su credo, para su uso personal (art. 153).

e) Las *relaciones sociales*. El interno tiene derecho a comunicarse en forma periódica, oralmente o por escrito, con su familia, curadores, allegados, amigos y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social (art. 158).

El *período de prueba*, con arreglo al art. 15 de la L.P.N., comprende, sucesivamente, la incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodeterminación, la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento, por 12 o 24 horas, y, excepcionalmente hasta 72 horas, según el motivo que las fundamente y el nivel de confianza que se adopte (art. 16) y por último, la incorporación al régimen de semilibertad, que permite al condenado a trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral (art. 23).

En el último período (art. 28), el juez de ejecución o juez competente podrán conceder la libertad condicional prevista por el art. 13 del C.P. (*infra E*).

La ley vigente mantiene la *asistencia post-penitenciaria*. Los egresados y liberados gozan de asistencia moral y material post-penitenciaria (alojamiento, trabajo, y vestimenta y recursos suficientes, si no los tuvieran), para solventar la crisis del egreso y trasladarse al lugar de su residencia. Los egresados recibirán la asistencia de los patronatos de liberados oficiales o de asociaciones con personería jurídica (art. 172).

La ley 24.660, en lo que atañe al modo de ejecución de la pena privativa de la libertad, prevé alternativas para situaciones especiales. Por un lado, la detención domiciliaria del art. 10 C.P., que comprende a los mayores de 70 años de edad, y a los que, cualquiera sea su edad, padecen de una enfermedad incurable y terminal (art. 33), siendo confiada la detención a un patronato de liberados o a un servicio social calificado de no existir aquél, pero en ningún caso a organismos policiales o de seguridad. Por el otro, incorpora la prisión discontinua y la semidetención, que admiten su sustitución total o parcial, en algunos supuestos, por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado (art. 50).

La prisión discontinua supone el cumplimiento de la pena mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de 36 horas, procurándose que ese período coincida con los días no laborables del condenado (art. 36), a quien el Juez de ejecución o competente puede autorizar a no presentarse en la institución en la que cumple la prisión discontinua por un lapso de 24 horas cada dos meses (art. 38). La semidetención, a su vez, consiste en la permanencia ininterrumpida en una institución basada en igual principio, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas (art. 39), siendo sus modalidades la prisión diurna, que se cumple todos los días entre las ocho y las diecisiete horas (art. 41), y la prisión nocturna, que se cumple entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente (art. 42). En estos casos, se computa un día de pena por cada jornada de permanencia del condenado (art. 43).

La prisión discontinua y la semidetención proceden, a pedido o con el consentimiento del condenado, cuando se revocare la detención domiciliaria del art. 10 del CP o la prevista para el condenado mayor de 70 años, o se convirtiere en prisión la pena de multa (CP art. 21, párrafo 2º), o se revocare la condenación condicional (CP art. 26) por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis, o la libertad condicional (CP art. 13) en caso de violación a la obligación de residencia, o cuando la pena privativa de la libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

#### D. Libertad asistida

La Ley Penitenciaria Nacional, en su art. 54, satisfechas las exigencias que establece, concede al condenado el derecho a egresar seis meses antes del agota-

miento de la pena impuesta. El beneficio requiere que medie un pedido del interno, lo que excluye su concesión de oficio, porque es un derecho que aquél puede o no usar, aún cuando se le haya denegado la libertad condicional<sup>56 bis</sup>.

El instituto reconoce dos impedimentos: por un lado, no procede respecto de aquellos condenados a quienes se les hubiere impuesto efectivamente la accesoria del art. 52 C. P., y, por el otro, que el tribunal, al efectuar la prognosis a que alude el último párrafo del art. 54, considere por resolución fundada que el egreso pueda constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad, ponderación que requiere de una especial valoración de las condiciones personales del interno<sup>56 ter</sup>, quien entre 60 y 90 días antes del tiempo mínimo exigible debe participar de un programa de prelibertad (art. 30). El pronóstico, tiene como base los informes del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento (arts. 54, 2º párrafo y 104)<sup>56 quater</sup>.

La libertad asistida es, como la libertad condicional del art. 13 C.P., una libertad vigilada que, como tal, no está exenta de condiciones: presentarse al patronato de liberados que se indique dentro del plazo fijado por el tribunal; cumplir las reglas de conducta que se impongan, que pueden ser alguna o todas las mencionadas en el apartado II del art. 55, pero siempre, salvo que el tribunal disponga lo contrario, la de desempeñar un trabajo, oficio o profesión o adquirir los conocimientos necesarios para ello, sin que la ley limite la selección a las reglas que menciona, pues admite que pueden ser otras, que se estimen convenientes de acuerdo a las circunstancias personales y ambientales del condenado; residir en el domicilio que fije, que puede ser modificado previa autorización judicial; y, fi-

<sup>56 bis</sup> LAJE ANAYA, ob.cit., p. 100, notas 335, 337 y 345.

<sup>56 ter</sup> Cfr. T.S.J. Cba, sent. 97 del 29/9/98, caso "Villagra", en el que se destacó que el instituto requiere de mayores exigencias que la libertad condicional, confirmandose la denegatoria del beneficio a quien, siendo reiterante, pasó su encierro indiferente al tratamiento, tratando de revertir su actitud recién después de notificado de la denegatoria. De este Tribunal y sobre las exigencias del instituto, véase también la sent. n° 28 del 5/6/97, *Semanario Jurídico* n° 1168, p. 573.

<sup>56 quater</sup> Se ha considerado que los casos de condenas de corta duración, inferiores al año y dos meses de prisión o al año y cuatro meses de reclusión, constituyen una imprevisión de la ley, porque la libertad asistida se obtendría antes que la libertad condicional, de lo que se deriva que, aparentemente, los plazos mínimos previstos por la ley penal para que un condenado egrese anticipadamente han perdido ahora vigencia ya que, en todo caso, el interno podrá optar por la libertad asistida que no prevé plazos mínimos de cumplimiento para su otorgamiento. Cfr. MARCOS G. SALT, *Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad*, Nueva Doctrina Penal, 1996/B, p. 684, nota 81. LAJE ANAYA, ob. cit. p. 100, nota 333, piensa que, en estos casos, la libertad asistida corresponde en la medida que no pueda ser más beneficiosa que la libertad condicional. El T.S.J. Cba., sent. 154 del 16/XII/998, caso "Madriaga", pese a no contarse con la calificación de "concepto" que constituye la base del beneficio, lo admitió, conformándose con el informe de "conducta", en relación a quien, condenado a un año y seis meses de prisión del que le restaban seis meses para el agotamiento de la pena, sufrió la mayor parte del año cumplido en prisión preventiva, por lo que seguramente no alcanzaría el estadio del tratamiento, sin que se contarán con antecedentes objetivos indicativos de que la libertad constituiría un grave riesgo para el condenado o la sociedad.

nalmente, reparar en la medida de las posibilidades del condenado los daños causados por el delito, si no hubiera mediado una sentencia que lo condene a esa reparación.

Las condiciones a que la ley subordina la subsistencia de la libertad, rigen desde el día del egreso anticipado hasta el agotamiento de la condena (art. 55, último párrafo). Si, durante este período, el condenado comete un nuevo delito, declarado por sentencia firme, o viola la obligación de presentarse al patronato de liberados, la libertad asistida *debe ser revocada*. Por el contrario, el repetido incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la violación a la obligación de residencia, o la sustracción, sin causa o razón, de la condición de reparar los daños causados, *facultan* al tribunal a revocar la libertad asistida, o a disponer que no se compute en la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la inobservancia, en cuyo caso, se prorrogarán los términos hasta tanto se acate lo dispuesto en el plazo que se fije, bajo apercibimiento de revocatoria. Declarada la revocatoria, debe practicarse nuevo cómputo sin considerarse el tiempo que haya durado al libertad (art. 56, primer y último párrafo), cumpliéndose el resto de la condena en un establecimiento semiabierto o cerrado (art. 56, 2º párrafo).

#### E. Libertad condicional<sup>57</sup>

##### a. Nociones generales

El Código Penal le confiere el derecho<sup>58</sup> a obtener, bajo ciertas condiciones, la libertad por resolución judicial y previo informe de la dirección del establecimiento, al que está cumpliendo una pena de reclusión o prisión perpetua o temporal que durante los términos que señala la ley, ha observado con regularidad los reglamentos carcelarios y no es reincidente (arts. 13 y 14). La Ley Penitenciaria Nacional prevé este beneficio en el período final del régimen penitenciario (arts. 12 y 28).

<sup>57</sup> NUÑEZ, II, 392; CABALLERO, *El significado doctrinario y jurisprudencial de la libertad condicional regulada por el código penal* ("Boletín de la fac. de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad Nac. de Córdoba, 1962, núms. 1, p. 12, y 2 y 3, p. 197); FONTÁN BALESTRA, III, § 67; DAIEN, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Buenos Aires, 1947; CHICHIZOLA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, p. 433.

<sup>58</sup> En contra, sosteniendo que es una medida de excepción que puede o no otorgarse por la autoridad judicial, FONTÁN BALESTRA, III, 348. Pero, llenadas por el penado las condiciones taxativamente mencionadas por el art. 13, la negativa fundada en la necesidad de la defensa social (Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital, *Fallos*, t. II, p. 126) o en otra razón distinta, sería arbitraria por no estar autorizada por la ley (ver Tribunal Superior de Córdoba, Sala Penal 22-V-968, *Comercio y Justicia*, Córdoba, 9 de agosto de 1968). La fórmula "podrán obtener" no faculta a la autoridad para decidir por sí o por no cuándo el penado se encuentra en las condiciones exigidas por los arts. 13, 14 y 17, sino que faculta al último para acogerse al beneficio.



La libertad condicional sustituyó a la gracia definitiva del resto de la pena, que el Código de 1886 les concedía a los condenados a presidio o penitenciaría que habían dado muestra de una reforma positiva<sup>59</sup>. Se trata de una suspensión condicional del encierro y de sus consecuencias, que no modifica la calidad de penado del beneficiario, y que no implica cumplir o ejecutar el resto que falta de la pena de encierro, porque, precisamente, consiste en la liberación del encierro<sup>60</sup>.

*b. Requisitos para conceder la libertad condicional*

La condición de reincidente (art. 14) y el hecho de habersele revocado una libertad condicional (art. 17), son los únicos impedimentos para que el condenado que ha cumplido los requisitos establecidos por el art. 13, pueda obtenerla nuevamente. El primero, no significa una violación al principio constitucional del *non bis in idem* (C.N. 75 inc. 22, y 14 inc. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), porque no se juzga nuevamente el delito que determinó la condición de reincidente del individuo que sufre esa pena, ni se crea una circunstancia agravante nueva, sino que se tiene en cuenta una situación jurídica personal. El segundo, no es un impedimento permanente, sino que únicamente impide que el liberado cuya libertad condicional fué revocada, pueda recuperarla<sup>61</sup>.

La concesión de la libertad condicional presupone también requisitos de tiempo y de conducta. El condenado a pena perpetua deberá haber cumplido veinte años de condena; el condenado a reclusión o prisión temporal por más de tres años, dos tercios de su condena. El condenado a reclusión a tres años o menos deberá haber cumplido un año de dicha pena; y el condenado a pena de prisión por esos mismos términos, ocho meses de ella (art. 13). La pena que corresponde tener en cuenta a los efectos de la libertad condicional, es la impuesta por la sentencia condenatoria firme<sup>62</sup> o la modificada por indulto o conmutación<sup>63</sup>. A los fines del cómputo de la pena cumplida se debe tener en cuenta, según las equivalencias del artículo 24, la prisión preventiva sufrida por el penado a raíz del delito por el que está condenado, siempre que haya

<sup>59</sup> Ver RIVAROLA, *Exposición y crítica del código penal*, t. I, cap. XVIII.

<sup>60</sup> Lo que se considera un cumplimiento o sufrimiento de la pena en libertad (CHICHIZOLA, ob. cit., p. 441), no es otra cosa que un descuento o extinción de la pena en libertad (ver C.P., 16), pero no el cumplimiento efectivo de la pena a que se refiere el art. 13. Claro que las salidas temporarias y el trabajo extraordinario diurno son legalmente parte de la pena (SOLER, II, 391, nota 29), mejor dicho, formas del encierro, porque no lo excluyen como la libertad condicional sino que simplemente modifican su permanencia.

<sup>61</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 52 y sgte., nota 93, y p. 57.

<sup>62</sup> No, la establecida por un cómputo discrepante con la sentencia.

<sup>63</sup> Ver NUÑEZ, II, 399.

estado sometido a una reglamentación y a una autoridad que pueda vigilar e informar sobre su observancia<sup>64</sup>.

La concesión de la libertad condicional presupone también, como requisito de conducta, que el condenado haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios durante el cumplimiento de la pena. Por reglamentos carcelarios se debe entender aquí el conjunto de normas de disciplina, trabajo y educación carcelaria que el penado debe observar en el establecimiento donde cumple su condena o está en prisión preventiva. A estos fines, constituye una condición previa a la concesión de la libertad del preso, que la dirección del establecimiento carcelario informe al Tribunal sobre la conducta de aquél. El informe no es un juicio sobre si el preso ha observado regularmente los reglamentos, sino simplemente, un relato o noticia sobre su comportamiento, cuya apreciación frente al art. 13 corresponde al tribunal<sup>64 bis</sup>. El informe, que debe ser fundado, debe contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena (arts. 28 y 104 de la L.P.N.)<sup>64 ter</sup>.

La observancia con regularidad del reglamento carcelario tiene un valor sintomático *juris et de iure*, en razón de su adaptación social, respecto a que el condenado, por su conducta, está en condiciones de obtener su libertad en forma condicional<sup>65</sup>. La regularidad de la observancia no significa cumpli-

<sup>64</sup> Significa olvidar que esa observancia es un requisito exigido por el art. 13, el plenario que dice que: "en todo caso en que la ejecución penal se haya visto impedida o demorada por causa no imputable al reo, éste no debe ser privado del beneficio de la libertad condicional" (C.N. Penal, en pleno, 9-IX-955, *La Ley*, t. 80, p. 433). No es computable la prisión preventiva cumplida en casa de familia ni el tiempo de internación del condenado alienado o afectado de otra afección mental, porque entonces no se puede hablar de cumplimiento de un reglamento carcelario. Si lo es, el tiempo de detención cumplido en un local policial. NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 48.

<sup>64 bis</sup> NUÑEZ, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>64 ter</sup> El T.S.J. Cba, sent. 23 del 4/XI/996, caso "Passeri", ha sostenido que no es impedimento para la concesión de la libertad condicional el hecho de que, al momento de formularse el pedido por el interno, careciera de calificación de concepto o no se encontrara en el período de prueba, cuando exigirle lo segundo importaría cumplimiento total de la pena y, en lo que atañe a lo primero, si aquella ausencia obedeció a que no fue trasladado a la unidad penitenciaria, donde se procede a efectuar dicha calificación.

<sup>65</sup> "La ley ha puesto como condición del instituto la capacidad reformatora de la pena privativa de libertad, estableciendo el modo práctico para que el Juez pueda formarse un juicio al respecto". NUÑEZ, *Reincidencia y prisión preventiva*, nota a fallo, *Semanario Jurídico* 529, 13/12/984, p. 4. Sobre la observancia de los reglamentos, se ha dicho que, "hacer depender la liberación del cumplimiento de los reglamentos, es dar una rima a la hipocresía y nada más", y "que es de observación universal que los peores delincuentes, los más temibles, los reincidentes, son los que observan mejor conducta en la prisión" (HERRERA, *La reforma penal*, p. 209. Ver, también, NUÑEZ, II, 401). Se salva, sin duda, ese peligro, si como el Proyecto de 1960 (art. 54), a la par de la buena conducta como requisito de la libertad condicional, se exige que del examen de la personalidad del condenado y de su medio social pueda razonablemente inducirse que se comportará correctamente en libertad.

miento absoluto de los reglamentos, sin infracciones de ninguna especie, sino su acatamiento sin infracciones graves o repetidas durante todo el lapso del encierro<sup>66</sup>.

*c. Condiciones bajo las que se concede la libertad condicional*

La libertad que con arreglo al artículo 13 del Código Penal obtiene el penado es condicional, porque lleva consigo condiciones que el liberado debe cumplir (art. 13), y porque el incumplimiento de alguna de ellas produce la revocación de la libertad (art. 15).

La libertad le es concedida al penado bajo las siguientes condiciones:

1º *Residir en el lugar que determine el auto de soltura.* Esta condición exige fijar y conservar un lugar de morada permanente, lo que no es incompatible con otras residencias accidentales.

2º *Observar las reglas de inspección que fije el auto de soltura, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas.* Las reglas de inspección son disposiciones tendientes a facilitar la vigilancia del liberado (presentaciones periódicas ante una autoridad, informes sobre sus actividades, etc.).

3º *Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.* Esas ocupaciones deben ser lícitas.

4º *No cometer nuevos delitos,* cualquiera que sea su naturaleza y gravedad. Los delitos cometidos antes de la concesión de la libertad, pero descubiertos o juzgados después, no producen la revocación de aquélla, salvo que hubieran determinado la reincidencia del penado.

5º *Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.* El patronato, que puede ser oficial o privado, concurrirá a prestar la asistencia al liberado (L.P.N., 174 y 175). No existiendo patronato de liberados, no corresponde conceder la libertad condicional<sup>67</sup>, salvo que, en defecto de aquél, exista un servicio social calificado que también pueda ejercer una asistencia social eficaz (L.P.N. art. 29).

Esas condiciones compromisorias, que pueden ser modificadas por el tribunal según las circunstancias, rigen hasta el vencimiento de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más a contar desde el día de la libertad condicional (C.P., 13, § 2º).

La autoridad judicial competente para la concesión de la libertad condicional con arreglo a la ley procesal, es la competente para ejecutar la sentencia. En el caso de unificación de penas (art. 58), el competente es el tribunal que la efectuó.

<sup>66</sup> Ver resoluciones judiciales al respecto, en NUÑEZ, II, 403, nota 195.

<sup>67</sup> Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, en pleno, 21-X-927, Fallos, t. III, 328; NUÑEZ, II, 411.

#### d. *Revocación de la libertad condicional*

El incumplimiento de las condiciones impuestas no trae siempre la revocación de la libertad. Sólo producen ese efecto la comisión de un nuevo delito, declarada por sentencia firme, y la violación de la obligación de residencia<sup>68</sup>. Revocada la libertad, el término que ha durado la libertad no se computa en el de la pena (artículo 15). La revocación deberá ser resuelta por el juez a cargo de la ejecución de la pena, si se debe a que el penado ha violado el deber de residencia, porque únicamente está en juego un asunto de su incumbencia. Por el contrario, si la causa de la revocación fue la comisión de un nuevo delito, es aplicable el artículo 58 del Código Penal: en principio es competente el juez del nuevo delito, que lo deberá hacer en la pertinente sentencia condenatoria. Si ese juez no lo ha hecho, es competente el juez que haya aplicado la pena mayor.

La violación de las demás condiciones no ocasiona la revocación de la libertad, pero el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena, todo o parte del tiempo que haya durado la libertad, hasta que el condenado las cumpla (art. 15, 2ª parte).

#### e. *Extinción de la pena*

Transcurrido el término de la condena o el plazo de cinco años en el caso de penas perpetuas, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará *extinguida*, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12 (C. P., 16). La regla no exige que la resolución revocatoria no se produzca dentro del término de la condena o de los cinco años, sino que en esos lapsos no se produzcan los hechos por los cuales la libertad debe ser revocada<sup>69</sup>.

### F. *Condenación condicional*<sup>70</sup>

#### a. *Concepto*

La *condenación condicional* o *condena de ejecución condicional*, que según el texto originario del artículo 26 del Código Penal, procedía respecto de las penas de reclusión, prisión y multa y que los autores y los tribunales

<sup>68</sup> El art. 56 del Proyecto de 1960, con más lógica, a la comisión de un delito doloso, agrega como causas de revocación, el incumplimiento de las condiciones fijadas, el apartamiento considerable de las instrucciones recibidas, la sustracción reiterada al patronato o la defraudación por el liberado de la fianza depositada en él.

<sup>69</sup> NUÑEZ, II, 413.

<sup>70</sup> NUÑEZ, II, 519; VERA BARROS, *Condenación condicional. Significado doctrinario y jurisprudencia actual* ("Cuaderno de los Institutos", Universidad Nac. de Córdoba, n° 39, p. 1); SOLER, II, § 71, IV; FONTÁN BALESTRA, III, § 70; HERRERA, *La reforma penal*, p. 153; MOLINARIO, *La condena de ejecución condicional* ("J. A.", t. 17, sec. doct., p. 71).

extendieron a la inhabilitación, ha quedado restringida de acuerdo con el texto del artículo 26 (Ley 23.057), a un privilegio concedible únicamente a los condenados a prisión.

Como la *libertad condicional*, la *condenación condicional* representa un medio para evitar los defectos que se les atribuyen a las penas privativas de libertad de corta duración. La *condenación condicional* se diferencia de la *libertad condicional*, porque mientras ésta consiste en la cesación de la ejecución de una pena privativa de libertad, la *condenación condicional* consiste en la suspensión de la ejecución de la prisión.

La *condenación condicional* es la condena dictada dejándose en suspenso el cumplimiento de la pena, para que ésta se tenga por no pronunciada si en un término dado el condenado no cometiere un nuevo delito (C. P., 26, § 1º, y 27, § 1º [Ley 23.057]). La suspensión de la pena no comprende la reparación de los daños causados por el delito ni el pago de los gastos del juicio penal adelantados a favor del imputado por el Estado (C. P., 28; C.P.P. de la Nación, 529), pero, a diferencia de lo que dispone el Proyecto de 1960 (art. 46, § 3º), la *condenación condicional* también afecta a las consecuencias accesorias de la condena.

La *condenación condicional* es una verdadera sentencia condenatoria, definitiva e irrevocable, susceptible de generar consecuencias inherentes a la calidad de condenado, pero que se caracteriza porque la ejecución de la pena impuesta se suspende bajo condición, que cumplida, excluye definitivamente esa ejecución, y que, por el contrario, no cumplida, vuelve ejecutable la condena.

La *condenación condicional* "atiende a que se descongestionen las cárceles, a que no se impongan encierros inútiles y que se detenga con una simple amenaza a los autores ocasionales de hechos delictuosos"<sup>71</sup>. Implica sustituir "una pena de orden puramente moral a la pena material de la ley. La advertencia, con la amenaza de una severidad más grande, no es sino un medio moral"<sup>72</sup>. Es una pena de advertencia o de pura intimidación<sup>73</sup>, fruto del principio de la individualización de la pena<sup>74</sup>.

#### b. Sistemas

El Código Penal sigue el llamado *sistema continental europeo o franco-belga*, que consiste en la suspensión condicional de la pena impuesta por la sentencia (*sursis à l'exécution de la peine*) por un término de prueba sin sometimiento a vigilancia. Si el beneficiario no delinque en ese término, la pena no se ejecuta. En caso contrario, se ejecuta.

<sup>71</sup> Código Penal de la Nación Argentina, Edición Oficial, Buenos Aires, 1924, p. 130.

<sup>72</sup> Código Penal cit., p. 351.

<sup>73</sup> HERRERA, *La reforma penal*, núm. 87.

<sup>74</sup> HERRERA, ob. cit., p. 164.

El *sistema anglo-americano* no suspende condicionalmente la ejecución de la pena impuesta, sino el pronunciamiento de la condena por un termino de prueba, bajo la vigilancia de un funcionario especial (*probation Officer*), en Estados Unidos, o bajo la simple promesa de buena conducta, en Inglaterra. Si el beneficiario rinde airoso la prueba queda definitivamente libre. Si incurre en un delito o acción indigna se aplica la pena.

El *sistema noruego* suspende condicionalmente el procedimiento. Sólo se realiza un procedimiento puramente informativo a los efectos de suspender la acción penal por un término de prueba. Si el autor delinque en ese término, se realiza el procedimiento. En caso contrario, no<sup>75</sup>.

#### c. Condiciones respecto de la condena

Debe ser la *primera condena* dictada contra el beneficiario como autor o partícipe de un delito común. No cuentan, por consiguiente, las dictadas por infracciones a leyes especiales o por faltas. Para determinar la prioridad de la condena, la ley atiende sólo al momento del pronunciamiento de la sentencia, y no al de la comisión del delito pertinente. Una segunda condena en orden al tiempo, únicamente puede adquirir la calidad de primera condena a los efectos del artículo 26: a) en virtud del principio de la ley penal más benigna (C. P., 2)<sup>76</sup>; b) por la amnistía de la primera condena, porque, en este caso, esa condena, que jurídicamente no existe, no puede producir ningún efecto que no haya sido enervado por la ley que concedió la amnistía.

La condena debe ser una *pena de prisión que no exceda de tres años*, incluso en el caso de concurso real o ideal de delitos (C. P., 26, §§ 1º y 2º [Ley 23.057]). La condenación condicional no procede si la pena impuesta es de reclusión, multa o inhabilitación, aunque estas dos últimas hayan sido dispuestas conjuntamente con la prisión en la condena suspendida condicionalmente (C. P., 26, § 3º [Ley 23.057]).

#### d. Fundamentos de la decisión

La concesión de la condenación condicional no es una potestad discrecional del tribunal, sino una potestad reglada ya que su concesión debe ser fundada bajo pena de nulidad, en la propia sentencia condenatoria, en una serie de circunstancias personales y objetivas, demostrativas de la inconveniencia del cumplimiento de la pena. Ellas son: a) la personalidad moral del condenado, es decir, su individualidad espiritual, su modo de ser, sus sentimientos, sus defectos o virtudes personales. El examen de este aspecto, mediante los aportes de la psiquiatría y la

<sup>75</sup> Sobre esos sistemas, HERRERA, ob. cit., núms. 88 y ss.; MOLINARIO, ob. cit., cap. III. Más resumido, NUÑEZ, II, 520.

<sup>76</sup> Si la nueva ley invalida la condena dictada bajo la vigencia de la ley anterior o aumenta las exigencias para su cómputo.

psicología, constituye la vía adecuada para fundar razonablemente la probabilidad de que el condenado no recaiga en el delito;

b) la actitud posterior al delito alude a su comportamiento respecto a su delito y su víctima. Estas pautas permiten fundar, también, aquella probabilidad;

c) los motivos que lo impulsaron a delinquir, que son las causas anímicas que lo movieron a cometer el hecho, para constituir índices positivos de futura delictuosidad deben ser demostrativos de inclinación o tendencia a delinquir;

d) la naturaleza del hecho atañe a la especie del delito y a las circunstancias de su ejecución, pautas que tienden, también, a indicar si media proclividad a la reiteración delictiva.

Además de las mencionadas, el Tribunal puede considerar cualquier otra circunstancia, aunque no se refiera al hecho cometido en sí mismo, en la medida que sean aptas para demostrar la inconveniencia de aplicar una pena efectiva, como las referidas a la situación particular del condenado, sus carencias individuales, sociales y familiares, etc.

La incorporación de más elementos de valoración a los que contenía el texto reformado del art. 26, obedece al designio de evitar con más seguridad la automaticidad de la admisión del beneficio. La nulidad procede por la omisión de considerar alguno de dichos elementos o por su consideración insuficiente con arreglo a los hechos probados en la causa.

El Tribunal no podrá guiarse por sus propias y exclusivas informaciones, sino que deberá requerir las pertinentes para formar criterio al respecto (art. 26 § 1º, 3ª disp.). Las deberá requerir de las autoridades, entidades o personas que estén en condiciones de ilustrarlo sobre las circunstancias personales y objetivas enumeradas. Las partes pueden, también, aportar la prueba que consideren útil para que el tribunal forme criterio <sup>76bis</sup>.

#### *e. Condiciones que debe cumplir el condenado*

El condenado condicionalmente, no debe cometer un nuevo delito común, tentado o consumado, como autor o partícipe, cualquiera sea su carácter o gravedad, en el término de cuatro años a partir de haber quedado firme la sentencia que dispuso la suspensión del cumplimiento de la pena (art. 27, § 1º [Ley 23.057]).

<sup>76 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., ps. 88, 91 y sgte. No se trata de una valoración que pertenece sólo a los jueces de los hechos que está fuera del contralor casatorio (en contra, S. C. Buenos Aires, 2-XII-975, *La Ley*, lunes 12 de abril de 1976, fallo 72.956). Lo que es una facultad exclusiva de los jueces de los hechos (o del mérito de la causa), es la determinación de la personalidad moral del condenado, de la naturaleza del delito y de las circunstancias que lo han rodeado útiles para apreciar esa personalidad. Por el contrario, corresponde a la casación: 1º) revisar si la determinación de esos hechos está legalmente fundada, es decir, si existe o no es contradictoria, ilógica o ilegal; 2º) revisar si, frente a los hechos establecidos, el tribunal del mérito ha aplicado correctamente el art. 26 del C.P.

Además, el condenado debe cumplir alguna o todas las reglas de conducta que el Juez debe imponerle, durante un lapso que se fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos. Estas reglas, enumeradas por el artículo 27 bis según ley 24.316, pueden ser modificadas por el juez si resulta conveniente al caso, y son: a) fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; b) abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas; c) abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; d) asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida; e) realizar estudios o prácticas necesarias para su capacitación laboral o profesional; f) someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia; g) adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad; h) realizar trabajo no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo<sup>77</sup>.

#### f. Cumplimiento de las condiciones

Si dentro del término de cuatro años antes aludido, el condenado no comete un nuevo delito común, la condenación se tiene como no pronunciada (art. 27, § 1º [Ley 23.057]). La *condenación*, esto es, la pena, y no la sentencia, es la que se tiene como no pronunciada, y ya no se puede ejecutar, y, por consiguiente, unificar en los términos del artículo 58. En caso de incumplimiento de las reglas de conducta impuestas por el juez, durante el plazo de prueba fijado, este término puede extenderse, porque el juez está facultado para no computar como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento (art. 27 bis § 3º [Ley 24.316]).

#### g. Revocación

Si dentro del término de cuatro años a partir de haber quedado firme la sentencia, el penado comete el nuevo delito, la condenación condicional le debe ser revocada, y debe sufrir la pena impuesta en ella y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas (arts. 27, § 1º, y 58).

<sup>77</sup> Sobre las reglas de conducta, CESANO, *Las reglas del art. 27 bis y la condena de ejecución condicional* (Alveroni, Córdoba, 1996), quien entiende que el tribunal puede no imponer ninguna, si no es necesario para el cumplimiento de la finalidad preventivo-especial (p. 28); en igual sentido, TAMINI-LOPEZ LECUBE, *La probation y la suspensión del juicio a prueba*, L.L., 1994-D-855. Piensan que al menos una debe ser impuesta, DE OLABAZAL, *Suspensión del proceso a prueba* (Buenos Aires, 1994), p. 119; DE LA RUA, *Código Penal* cit., 2ª ed., p. 404, que en nota 166, considera que la cuestión resulta menor si la obligación de residencia es interpretada como no vinculada necesariamente al sometimiento a patronato. También se piensa que dispuestas una o varias reglas de conducta, la exigencia de su cumplimiento subsiste mientras resulten adecuadas para la prevención de un nuevo delito, por lo que desaparecida esa adecuación, pueden ser suspendidas. Cfr. DE BENEDETTI/DE BENEDETTI, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (dirigido por DAVID BAIGÚN y EUGENIO R. ZAFFARONI. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1977), t. 1, p. 403.



La persistencia en el incumplimiento de las condiciones impuestas por el juez o su reiteración durante el plazo de prueba fijado, faculta al juez a revocar la condicionalidad de la condena y, por lo tanto, la pena de prisión impuesta en la sentencia debe hacerse efectiva en su totalidad (art. 27 bis § 3º [Ley 24.316]).

#### h. *Reiteración del beneficio*

La suspensión de la pena puede ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de las 24 horas del día en que quedó firme la primera condena (art. 27, § 2º [Ley 23.057]). Con arreglo a este precepto, si el condenado condicionalmente por primera vez recién vuelve a cometer un nuevo delito después de transcurrido ese término, la nueva sentencia condenatoria puede suspender por segunda vez la pena. Salvo lo relativo a que se trate de la primera condena, para la procedencia de la nueva condenación condicional deben concurrir las condiciones del artículo 26. Además, para que rijan el término de ocho años, ambas condenas o una de ellas debe ser por delito culposo ya que si los dos delitos son dolosos, el término es de diez años (art. 27, § 3º [Ley 23.057]). Cuando la primera sentencia condenatoria fuere recurrida y confirmada respecto del carácter condicional de la condenación, los plazos de cuatro, ocho o diez años señalados, se computarán desde las veinticuatro horas del día en que se dictó la sentencia recurrida<sup>77 bis</sup>.

### 3. *Pena de Multa*<sup>78</sup>

#### A. Concepto

La *pena de multa*, que no permite el contralor de la persona y conducta del condenado, no es una pena reformadora, sino de intimidación que, de acuerdo al aprecio que los individuos tienen por el bien que afecta, es susceptible de alcanzar un relevante valor penitenciario, para sustituir con ventajas las penas privativas de libertad de corta duración, cuyos efectos corruptores o depresivos no pueden, por razón de tiempo, ser evitados o corregidos, mediante un adecuado tratamiento carcelario<sup>79</sup>.

<sup>77 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 95.

<sup>78</sup> HERRERA, *La reforma penal*, p. 170; *id.*, *El nuevo código penal*, Universidad Nacional de Córdoba, 1922, ps. 23 y ss.; NUÑEZ, II, 415; FONTÁN BALESTRA, III, § 68; SOLER, II, § 67; *Jornadas de derecho penal*, Buenos Aires, 1962, p. 193; CESANO, *La multa como sanción del Derecho Penal Común: realidades y perspectivas*, p. 105, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995.

<sup>79</sup> Aunque con un peligroso sistema de aplicación, el Proyecto de 1960 valora las virtudes penales de la multa.

Además, la *multa* también es apta para cumplir una importante función como pena complementaria capaz de atender las motivaciones delictivas de índole lucrativa. La idea de que la condenación condicional es un medio reservado para evitar las penas privativas de libertad de corta duración, condujo a la supresión de ella respecto de la multa<sup>80</sup>.

La pena de multa es el pago por el condenado al fisco<sup>81</sup>, en concepto de retribución del delito cometido, de la cantidad de dinero que determina la sentencia condenatoria (C. P., 21, § 1º).

El carácter retributivo del pago es lo que distingue la multa de naturaleza penal de la de carácter reparatorio. Esta no se impone a título de devolución del mal causado, para reprimir el delito o la infracción y prevenir su repetición, sino para reparar el daño pecuniario causado al patrimonio fiscal o privado<sup>82</sup>.

La pena de multa también está regida por el principio de la *personalidad de la pena* (C.N. art. 75 inc. 22º y art. 5 inc. 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pues, como que es retributiva del delito, sólo la debe sufrir el autor de éste, experimentando una disminución en su patrimonio, o en caso de no pagar, en su libertad (art. 21, § 2º)<sup>83</sup>. Esto, que ha sido respetado en el ámbito del Código Penal, no lo ha sido en el del derecho penal administrativo<sup>84</sup>.

### B. Sistema legal de conminación de la multa

La pena de multa es una pena principal, y de acuerdo al artículo 5º del Código Penal, ocupa el tercer lugar en el orden de gravedad relativa de las penas. La multa puede ser conminada como pena única (arts. 99, inc. 1º; 103, 2ª disp.; 108 y 136, § 3º), o alternativa con la prisión (art. 94), o conjunta con la inhabilitación (art. 253) o prisión (art. 175 bis).

Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro podrá agregarse a la pena privativa de libertad, como pena conjunta o complementaria, una multa, aún cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo alternativamente con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos (art. 22 bis [Ley 24.286]).

<sup>80</sup> Exposición de Motivos de la Ley 17.567.

<sup>81</sup> Algunas leyes le dan destinos especiales (ver, p. ej., Ley 11.723, sobre régimen legal de la propiedad intelectual, arts. 73 y 74).

<sup>82</sup> Es la doctrina de la Corte Suprema de la Nación en lo que atañe a las infracciones previstas por leyes especiales (*Fallos*, t. 192, p. 229 [La ley, t. 26, p. 338] y los citados por NÚÑEZ, II, 416, nota 228).

<sup>83</sup> Más detalles, en NÚÑEZ, II, 420.

<sup>84</sup> Ver NÚÑEZ, *La multa penal fiscal y la muerte del infractor* ("Derecho penal fiscal", año V, Nº 55, enero 1956, p. 34); íd., *Extinción de la multa por la muerte del condenado* ("La Ley", t. 54, p. 944). Ver, sin embargo, C. S. de la Nación, *La Ley*, t. 156, fallo 71.078, con nota.

El condenado ha cometido el delito con *ánimo de lucro* si su motivo predominante<sup>84 bis</sup> para delinquir ha sido el interés de ganancia o provecho económico. Ese motivo no va siempre ínsito en los delitos contra la propiedad<sup>85</sup>. El ánimo de lucro, que no se identifica con el concepto de codicia del artículo 80, inciso 4º<sup>86</sup>, es compatible con cualquier delito doloso e incompatible con el cometido por culpa, pues ésta excluye la voluntad de delinquir<sup>87</sup>. El artículo 22 bis es aplicable incluso si el ánimo de lucro integra el tipo delictivo<sup>88</sup>, salvo que tomándolo en cuenta, el delito ya tenga asignada pena de multa conjuntamente con la pena privativa de libertad.

Como sistema general, el Código Penal conmina la multa estableciendo escalas con un mínimo y un máximo determinados para cada delito. Excepcionalmente, proporciona el monto de la multa al valor del perjuicio pecuniario causado (art. 262). El derecho positivo admitía incluso, una multa de monto fijo (Ley 12.331, art. 17).

El Proyecto de 1960, considerándolo más apto para conservar un principio de justicia en la medida máxima posible al aplicar la pena de multa y para desvincular al Código Penal de las fluctuaciones monetarias, adoptó el sistema sueco de *días-multa*, según el cual, la cantidad de dinero a pagar por el condenado se fija en días de multa. De acuerdo con el Proyecto del 60, el importe de un día de multa debería ser determinado prudencialmente por el tribunal tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de su entrada media diaria. El mínimo de la multa era un día y el máximo quinientos días (art. 59)<sup>88 bis</sup>. JIMÉNEZ DE ASÚA, considerando "demasiado simplista" el sistema adoptado por el Código penal, propugnó ya en 1928 el día-multa del Anteproyecto sueco de 1916<sup>89</sup>. No es necesario meditar mucho para advertir que las incertidumbres y arbitrariedades que pueden generar entre nosotros el criterio de la determinación prudencial del día

<sup>84 bis</sup> Según FONTÁN BALESTRA, ésta es "una agravante genérica que comprende todos los delitos en cuya comisión haya intervenido de manera predominante o no -la ley no hace distinguo- ánimo de lucro (FONTÁN BALESTRA-MILLÁN, *La reforma penal*. Ley N° 21.338, Abeledo-Perrot, p. 27).

<sup>85</sup> Ver casos en que se condena por hurto, pero no se admite el ánimo de lucro: C. N. Fed., Sala Crim. y Correc., 25-VII-969, *La Ley*, t. 138, fallo 64.926, con nota de GENÓCRATES; C. N. Crim. y Correc., Sala V, 5-V-970, *El Derecho*, t. 32, fallo 15.964; íd., 28-VIII-970, *La Ley*, t. 140, fallo 65.764. Según FONTÁN BALESTRA, el ánimo de lucro concurre en los delitos contra la propiedad "que se realizan con desplazamiento patrimonial" (ob. cit., pág. 28). Pero es evidente que el que se apodera del remedio para darlo al que lo debe tomar no obra con ese ánimo.

<sup>86</sup> Exposición de Motivos de la Ley 17.567 al art. 80, inc. 4º; GENÓCRATES, nota a la sentencia de la C.N. Fed., Sala Crim. y Correc., 19-VI-969, *La Ley*, t. 136, fallo 64.030.

<sup>87</sup> Por la inaplicabilidad, BEIDERMAN, *Pena de multa y ánimo de lucro*, N° VII ("Revista de derecho penal y criminología", N° 2, 1968, p. 27). Opina que un "elemento subjetivo específico sólo se concilia con el obrar doloso", FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 28.

<sup>88</sup> Cfme. BEIDERMAN, ob. cit., N° V.

<sup>88 bis</sup> También los proyectos de 1973 y 1974.

<sup>89</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo código penal argentino*, Madrid, 1928, ps. 189/90.

multa por los tribunales, no pueden ceder frente a la perspectiva que, sin lugar a dudas, el sistema a que nos referimos ofrece para lograr la mejor individualización de la pena de multa<sup>90</sup>.

### C. Individualización judicial de la multa

Para fijar la multa que dentro de la pertinente escala legal corresponde aplicar al condenado, los tribunales deberán tener en cuenta además de las causas generales del artículo 40 del Código Penal, la situación económica del penado (art. 21, § 1º).

Las *causas generales del artículo 40* son las circunstancias objetivas y subjetivas a que se refiere el artículo 41.

La consideración de la *situación económica del penado* es el criterio que permite individualizar la capacidad penitenciaria de la multa. Para que la multa no resulte una retribución excesiva o insuficiente, debe proporcionarse en la mayor medida posible a la situación económica del penado: a mejor situación, mayor monto de multa, y a peor situación, menor monto de ella, teniendo en cuenta siempre el esfuerzo económico que su satisfacción le demandaría al condenado.

La *situación económica* no atiende sólo al capital y entradas del condenado, sino también a todo lo que, como sus obligaciones pecuniarias, su estado civil, cargas de familia, profesión, oficio o empleo, edad, y estado de salud, concurren para determinar las mayores o menores posibilidades económicas de la persona.

### D. Pago y conversión de la multa

La multa, debe pagarse en la actualidad en pesos (Ley 24.286). El pago debe efectuarse en el término que fije la sentencia (C. P., 21, § 2º). A veces la ley procesal establece el pago en papel sellado y determina el término que debe fijar la sentencia para hacerlo efectivo (C. de P. P. de Córdoba, 511 y C.P.P. de la Nación art. 501).

Si el reo no paga la multa en término, antes de transformar la multa en prisión, como lo dispone el § 2º del artículo 21, el tribunal procurará su satisfacción haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado (art. 21, § 3º, 1ª disp.), salvo el derecho de éste a solicitar y la facultad del tribunal:

De autorizarlo a amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre siempre que se presente ocasión para ello (art. 21, § 3º, 2, disp.), o,

De autorizarlo a pagar la multa por cuotas fijando el monto y la fecha de los pagos según la condición económica del condenado (art. 21, § 4º).

<sup>90</sup> Sobre el sistema ver *Jornadas de derecho penal*, Buenos Aires, 1962, p. 195.

El incumplimiento de la obligación contraída por el condenado no conduce de inmediato a la conversión de la multa en prisión, sino que previamente el tribunal deberá procurar el pago de aquélla mediante la ejecución ya mencionada. Si ésta no da resultado o lo da sólo parcial, el tribunal debe convertir toda la multa o su saldo en prisión, computando un día de esta pena por la cantidad de multa que fije entre 35 a 175 pesos (ley 24.286), según se deduce del artículo 22, § 2º. Como no se trata de la fijación de la pena, no rige la regla del artículo 21, § 1º, sino que lo determinante a los efectos de la conversión es la aptitud del penado respecto del cumplimiento de la pena pecuniaria.

La *prisión aplicable* no podrá exceder de año y medio, cualquiera que sea el monto de la multa impaga (art. 21, § 2º).

La *conversión* no es irreversible, sino que el reo quedará en libertad en cualquier tiempo que satisficiera la multa, descontándose del importe de ésta, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que aquél hubiere sufrido (art. 22).

#### 4. Pena de Inhabilitación<sup>91</sup>

##### A. Concepto

La *pena de inhabilitación* es una *pena principal* que, de acuerdo al artículo 5º del Código Penal, ocupa el último lugar en el orden de gravedad relativa de las penas. La *inhabilitación* es una pena accesoria (o inherente a una principal), si la ley lo dispone de una manera expresa.

Como pena principal, la *inhabilitación* consiste en la incapacidad para desempeñar empleos, cargos o comisiones públicos, ejercer profesiones o derechos y gozar de beneficios asistenciales. En su especie más grave, que es la absoluta, la inhabilitación es sólo una reminiscencia de las gravísimas penas que en la antigüedad producían una *capitis diminutio* tan grave que reducía al afectado a la condición de un verdadero muerto civil (*capitis diminutio maxima*). Así lo hacían la degradación cívica de los atenienses en su grado mayor, la privación de la ciudadanía de los romanos, la privación de la tutela de los germanos y la muerte civil de los franceses y españoles<sup>92</sup>. Por el contrario, hoy existe una tendencia a darle a la inhabilitación el carácter de una medida de seguridad<sup>93</sup>. Sin embargo, científicamente esto no depende de la

<sup>91</sup> NUÑEZ, II, 431; CAMPOS, *La inhabilitación en el código penal* ("La Ley", t. 82, p.824); FONTÁN BALESTRA-MILLÁN, *La reforma penal. Ley N° 21.338*, Abeledo-Perrot, ps. 16 y ss.

<sup>92</sup> Empero, las inhabilidades dispuestas por la Ley 17.401, de represión al comunismo, si bien no alcanzaban la categoría de una *capitis diminutio maxima*, tenían una buena cuota de la antigua *capitis diminutio magna*.

<sup>93</sup> Véase BERISTAIN, *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana*, Madrid, 1966.

voluntad del legislador, sino de la naturaleza retributiva o no de la inhabilitación en cada caso: si se impone por lo que se ha hecho es una pena; pero si se dispone para evitar que se haga algo, es una medida de seguridad<sup>94</sup>.

La inhabilitación no es una pena que como la privativa de libertad busque la reforma del delincuente, mediante su tratamiento. Sus valores esenciales son la intimidación y la seguridad para los terceros. Lo primero por la pérdida de bienes que involucra, y lo segundo, por las abstenciones que importa.

La inhabilitación puede ser *absoluta o especial, y perpetua o temporal*<sup>94bis</sup>. En el término de la inhabilitación no se computa el tiempo en que el inhabilitado ha estado prófugo, internado o privado de su libertad (C. P., 20 ter, § 4º [Ley 23.077]), salvo que se trate de la prisión preventiva, ya que frente a la regla general del artículo 20 ter, § 4º, subsiste la especial para el cómputo de la prisión preventiva del artículo 24, cuya vigencia no puede ser anulada.

La inhabilitación no se puede imponer condicionalmente (C. P., 26, § 3º [Ley 23.057])<sup>95</sup>, y su quebrantamiento está reprimido con prisión de dos meses a dos años (art. 281 bis).

<sup>94</sup> La inhabilitación para manejar es una pena si tiene su razón en el hecho imprudente cometido; es una medida de seguridad si la tiene en el hecho de que la persona carece de la aptitud física correspondiente. Al declarar que las inhabilidades del art. 6 de la Ley 17.401, de represión del Comunismo, no eran penas, "sino medidas meramente preventivas", la C. S. de la Nación, 21-XII-970, *El Derecho*, t. 35, fallo 17.377, y su anotador BIDART CAMPOS, olvidaron, sin lugar a dudas, que la calificación como comunista que generaba esas inhabilidades tenían su razón en la realización de las actividades que mencionaba dicho artículo.

<sup>94bis</sup> La C.N., en su reforma de 1994, establece para los supuestos del art. 36 la pena de inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, salvo en lo que atañe a uno de los casos previstos (el enriquecimiento funcional por el delito doloso), porque a su respecto la pena no es operativa. DE LA RUA, *Código cit.*, 2ª ed., p. 269, par. 28.

<sup>95</sup> Las discrepancias al respecto antes de la reforma del texto del art. 26 por la Ley 17.567, dieron lugar a plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Crim. y Correc. de la Capital Federal. En favor de la procedencia de la aplicación condicional de la inhabilitación como pena complementaria o accesoria: causa Balestreti, 7-VIII-923, *Fallos*, t. 3, p. 280; y en favor de su suspensión condicional en caso de suspensión de la pena principal: causa GIMÉNEZ PIERES, 28-XI-924, *Fallos*, t. 3, p. 288 (J. A., t. 14, p. 951); causa Betinelli de Cohen, 25-VII-950, *Fallos*, t. 7, p. 476 (La Ley, t. 60, p. 272; J. A., 1950-IV, p. 450). Este último criterio se modificó en el plenario de la causa Biondik, 27-XI-959, J. A., 1960-I, p. 477 (La Ley, t. 97, p. 232), cuya revisión no prosperó en el plenario de la causa Marinelli, 13-VIII-964, J. A., 1964-V, p. 253. Pese a la claridad del texto vigente, se ha admitido la posibilidad de la condicionalidad de la inhabilitación cuando se aplica en forma conjunta con la prisión, tesis que, sin embargo, no es correcta porque la aplicación conjunta de ambas penas no determina que la inhabilitación se convierte en inherente a la prisión o que su aplicación dependa de ella. NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, nota 175, p. 90. Sobre los argumentos dados en favor de la tesis de la condicionalidad de la inhabilitación por la C. Ap. de San Isidro, sentencia del 30/VII/985, véase MARÍA CRISTINA BARBERÁ DE RISO, nota a fallo, *Doctrina Penal* 1985, p. 668.

### B. Inhabilitación absoluta

La *inhabilitación absoluta* no significa una incapacidad total, pues no alcanza las incapacidades profesionales y las referidas al ejercicio de los derechos, que constituyen la inhabilitación especial. Por consiguiente, ambas inhabilitaciones pueden imponerse al mismo tiempo. La *inhabilitación absoluta* puede ser perpetua o temporal, principal o accesoria (C. P., 12). Como *pena principal* puede ser única (arts. 273 y 274) o conjunta (arts. 214, 256 y 259), pero no alternativa<sup>96</sup>.

De acuerdo con el artículo 19 del Código Penal, la *inhabilitación absoluta* importa:

1º) La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular. Por lo tanto, no importa la privación de grados ni dignidades académicos, ni de títulos o condecoraciones honoríficos.

2º) La privación del derecho electoral, esto es, del derecho de votar en las elecciones nacionales, provinciales o municipales.

3º) La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos (encargo especial y transitorio), cualquiera que sea su especie, y

4º) La suspensión, por el término de la inhabilitación del goce de toda jubilación, pensión o retiro. El importe de estos beneficios asistenciales de carácter público nacional, provincial o municipal, será percibido una vez suspendidos, por los parientes del inhabilitado que respecto de éste tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos, que efectivamente estaban a su cargo y no los con simple vocación hereditaria<sup>97</sup>, concurren hasta la mitad del importe del beneficio suspendido, o que lo perciben en su totalidad cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión. En ambos casos, la concurrencia será hasta integrar el monto de las indemnizaciones ya fijadas por la sentencia condenatoria o por una sentencia civil<sup>97bis</sup>.

### C. Inhabilitación especial

La pena de *inhabilitación especial* presupone el ejercicio delictuoso, incompetente o abusivo de un empleo, cargo, profesión, actividad o derecho, y, en general, consiste en su privación e incapacidad para obtener otro del mis-

<sup>96</sup> Sobre la forma de conminarla, ver CAMPOS, *La inhabilitación en el código penal* cit., Nos. V y ss.

<sup>97</sup> FONTÁN BALESTRA-MILÁN, *La reforma penal* cit., p. 17.

<sup>97bis</sup> La disposición del inc. 4º ha generado problemas: sobre éstos y los antecedentes de la norma, DE LA RUA, *Código* cit. 2ª ed., pár. 18 y 22. Se ha planteado, incluso, su inconstitucionalidad. Cfr. C. Nac. en lo Crim. y Correc., Sala II, 30/VI/987, "A.D." y las notas de GERMÁN BIDART CAMPOS, E.D., 13/XI/987, p. 6, y ROBERTO SPINKA, Foro de Córdoba, año 2, abril 1988, p. 206.

mo género (o clase) durante la condena (C. P., 20, § 1º)<sup>98</sup>. Tratándose de *derechos políticos*, la inhabilitación especial consiste en la incapacidad de ejercer durante la condena, aquel sobre que recayere (art. 20, § 2º). Por derecho político se entiende aquí la función electoral nacional, provincial o municipal y la elegibilidad para uno de los poderes de los respectivos gobiernos.

No es necesario que la inhabilitación especial esté expresamente prevista para que pueda imponerse, sino que, con arreglo al artículo 20 bis, el tribunal la puede aplicar cuando el delito cometido -consumado o tentado- importe:

1º) Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º) Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º) Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia, o habilitación del poder público. Estas no son necesarias para imponer la inhabilitación especial expresamente prevista para el delito cometido, así como, en este caso, no es necesario que la profesión o la actividad en cuyo ejercicio se cometió el delito esté reglamentada por la autoridad<sup>99</sup>.

La *incompetencia* es la falta de saber o de aptitud, cualquiera que sea su causa, para ejercer el empleo o cargo, o para desempeñar la profesión o actividad sobre que recayere. El abuso es su ejercicio o desempeño contrarios a los fines de la ley o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres (cfse. C. C. 1071, § 2º).

La inhabilitación especial es, por regla, temporal, y excepcionalmente perpetua.

#### D. Rehabilitación

De acuerdo con el texto originario del Código Penal, la condena a inhabilitación perpetua no tenía fin. Los proyectos de PECO (arts. 109 y 110) y de 1960 (art. 66), admitieron la rehabilitación para los inhabilitados perpetua o temporalmente, y la Ley 17.567 la incorporó al Código Penal (art. 20 ter), **manteniéndola la Ley 23.077**.

La rehabilitación no es una *restitutio in integrum* al estado anterior al de la condena. Significa la restitución del penado al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado por la pena de inhabilitación que se le impuso (art. 20 ter, § 1º). No implica la desaparición de la condena sufrida, ni la reposición del inhabilitado en el cargo público, tutela o curatela objeto de la inhabilitación (art. 20 ter, § 3º). No se trata, por consiguiente, de una rehabi-

<sup>98</sup> A veces, la inhabilitación especial no presupone el ejercicio del empleo, cargo, etc. (ver C.P., 246), y, por lo tanto, no produce su pérdida, sino únicamente la incapacidad para obtenerlo.

<sup>99</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Crim. y Correc. de la Capital Federal, Burlando de Zanón, 16-VI-925, *Fallos Plenarios*, t. II, 189 (Fallos, t. 3, p. 295; J. A., t. 16, p. 305), que dejó sin efecto el plenario contrario en la causa Pereyra, 26-VI-923, fallos, t. 3, p. 299.



litación general respecto de cualquier condenación<sup>100</sup>, sino únicamente de la relativa a la pena de inhabilitación.

La rehabilitación no es una rehabilitación legal automáticamente obtenible, sin previa solicitud del condenado, por el simple transcurso de un plazo. La del artículo 20 ter es una rehabilitación *judicial* que no tiene el carácter de una gracia o concesión que el tribunal judicial le hace al penado, sino que es un derecho de aquél a obtenerla una vez llenadas las condiciones establecidas por el artículo 20 ter. Al tribunal le corresponde el examen y decisión sobre si el inhabilitado ha satisfecho esas condiciones<sup>101</sup>.

La rehabilitación procede:

1º) Si el inhabilitado en forma absoluta o especial *se ha comportado correctamente durante los siguientes plazos*:

a) tratándose de *inhabilitación absoluta*, durante la mitad del plazo de la inhabilitación temporal o de diez años si la inhabilitación es perpetua;

b) tratándose de *inhabilitación especial*, durante la mitad del plazo de la inhabilitación temporal o de cinco años si la inhabilitación es perpetua.

En esos plazos no se computa el tiempo que el inhabilitado estuvo prófugo, internado o privado de su libertad (art. 20 ter, § 4º). Pero sí se cuentan los períodos de libertad o condenación condicionales. La regla no rige para la inhabilitación accesoria del artículo 12.

El *comportamiento correcto* implica el gobierno de las propias acciones sin incurrir en delitos o excesos u omisiones de otra índole, indicativos de desarreglo o dejadez material o moral.

2º) Si el inhabilitado, en forma absoluta o especial, *ha reparado los daños en la medida de lo posible*. Los daños están integrados por los conceptos señalados por los tres primeros incisos del artículo 29.

La posibilidad de la reparación es correlativa a la capacidad económica del inhabilitado y a las cargas que sobre él pesan. Con arreglo a aquélla y a éstas, para obtener la rehabilitación será exigible la efectividad de la reparación total o parcial, o bastará que por el todo o por parte de ella el juez proceda como lo indica el inciso 4º del artículo 29.

3º) Si el inhabilitado en forma especial *ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos*. El remedio de la *incompetencia* o falta de saber o aptitud para el desempeño o ejercicio para el que el penado fue inhabilitado, podrá probarse por el tribunal mediante las pruebas pertinentes. La buena conducta del inhabilitado y su modo de vida demostrativo de la recuperación moral y responsabilidad suficientes para el

<sup>100</sup> Sobre esa rehabilitación, CAMARGO HERNÁNDEZ, *La rehabilitación*, Barcelona, 1960.

<sup>101</sup> Sólo en este sentido el art. 20 ter ha consagrado, como dice PECO, "el sistema de la rehabilitación judicial facultativa, sujeta a la observación de la buena conducta" (*Proyecto de código penal*, La Plata, 1942, p. 202). En España y en Italia se opina que la rehabilitación es un derecho subjetivo del condenado (ver CAMARGO HERNÁNDEZ, *La rehabilitación* cit. p. 25).

desempeño o ejercicio del que fue privado, hacen presumir que no incurrirá en nuevos abusos a su respecto.

Una vez obtenida, la rehabilitación es definitiva, pues, a diferencia de la libertad y de la condenación condicionales no queda sometida al cumplimiento de condición alguna.

## II. *Penas accesorias*<sup>102</sup>

### 1. *Concepto*

Las *penas accesorias* son consecuencias retributivas inherentes a las penas principales. La accesoriedad no depende de la naturaleza de las penas, sino del criterio formal mencionado. No son accesorias, por consiguiente, las penas complementarias que el juez le puede imponer para complementar el efecto retributivo de otra pena principal, como sucede, por ejemplo, con la multa (art. 22 bis) o la inhabilitación (art. 20 bis)<sup>103</sup>. Tampoco son accesorias las sanciones que denominadas así por el legislador, son imponibles facultativamente por el juez. La inherencia se traduce procesalmente en su funcionamiento de pleno derecho como pena accesoria, una vez impuesta la principal.

### 2. *Inhabilitación accesoria*

La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la *inhabilitación absoluta* del artículo 12 por el tiempo de la condena o hasta tres años o más, si así lo resuelve el tribunal en la sentencia, de acuerdo con la índole del delito. Esta atiende, a la par que a la naturaleza objetiva del delito (la ofensa penal y sus circunstancias), al móvil (bajo, deshonesto, antisocial) del autor y a las condiciones especiales de éste, que hagan presumir su indignidad para el desempeño o ejercicio comprendidos en la inhabilitación<sup>104</sup>. La inhabilitación subsiste durante la libertad condicional, y se extingue con ésta (C. P., 16). La extinción comprende la inhabilitación suplementaria impuesta por el tribunal, porque el artículo 16 al disponer esa extinción, no hace ninguna excepción<sup>105</sup>.

### 3. *Decomiso de los instrumentos y efectos del delito*<sup>106</sup>

La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que con los efectos provenientes del mismo, deben ser decomisados, a no ser que

<sup>102</sup> NUÑEZ, II, 442; SOLER, II, § 69.

<sup>103</sup> Ver, además, el art. 7 de la Ley 12.906, sobre especulación y monopolio.

<sup>104</sup> HERRERA, *La reforma penal*, núm. 59; MORENO, *El código penal y sus antecedentes*, t. II, p. 50.

<sup>105</sup> La observación de SOLER, II, 398, nota 3, no salva el argumento del texto.

<sup>106</sup> NUÑEZ, *Instrumentos del delito* ("J. A.", diciembre 23 de 1970, nota al fallo 2235); TERÁN LOMAS, *Los instrumentos del delito* ("La Ley", t. 133, nota al fallo 62.026).

pertenecieren a un tercero no responsable (C. P., 23). El *decomiso*, que es la privación de los objetos al delincuente en razón de su pérdida, no debe confundirse con la medida procesal de secuestro, que no importa la pérdida de los objetos, sino su aseguramiento a los efectos de la prueba o de los resultados del juicio.

*Instrumentos del delito (instrumenta sceleris)* son los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito; sea que de ellos se hayan servido todos los partícipes o uno o alguno de ellos; sea que estén especialmente destinados al efecto o que sólo hayan sido utilizados ocasionalmente. No son tales los objetos utilizados únicamente en los actos preparatorios del delito o después de consumado éste para asegurar o aprovechar su resultado<sup>107</sup>. En los delitos culposos no existen instrumentos del delito, aunque sí, instrumentos del acto imprudente, imperio o antirreglamentario.

*Efectos del delito (producta sceleris)* son los objetos que son su resultado, sea porque el delito los ha producido (p. ej., la moneda o el documento falsificado o la sustancia adulterada); o porque se los ha logrado por él (p. ej., la cosa hurtada). Por pertenecer a un tercero no responsable, los últimos no son decomisables. El decomiso no alcanza a los objetos adquiridos con los efectos del delito.

Los instrumentos decomisados no se pueden vender, debiendo destruirse, salvo el caso en que puedan ser aprovechados por los gobiernos de la Nación o de las provincias (art. 23)<sup>108</sup>.

### III. Consecuencias civiles accesorias<sup>109</sup>

La reclusión y la prisión por más de tres años importan la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos (C. P., 12, 2ª dispos.)<sup>110</sup>.

No se trata de una pena accesoria<sup>111</sup>, sino de incapacidades de carácter civil cuya finalidad no es castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Ver NUÑEZ, *Instrumentos del delito* cit.

<sup>108</sup> Ver la *Exposición de Motivos de la Ley 17.567* sobre la reforma del art. 23.

<sup>109</sup> NUÑEZ, II, 447; ORGAZ, *Incapacidad civil de los penados*, 2ª ed., Córdoba, 1939.

<sup>110</sup> El Proyecto de 1960 suprimió esta disposición (ver nota al art. 41). Sobre la reforma polemizaron ORGAZ y SOLER, *Aspectos civiles de la reforma penal*, 1963.

<sup>111</sup> Según piensan VALDÉS, *Incapacidad civil de los penados* ("Revista de la Fac. de Derecho y C. Sociales de Buenos Aires", t.VII, 1928, p. 485) y Lanfranco, *La incapacidad civil de los penados* ("Revista penal y penitenciaria", 1940, N° 18, p. 515).

<sup>112</sup> Ver NUÑEZ, II, 447.

La incapacidad, que está restringida a los objetos enumerados por el artículo 12, dura mientras dura el encierro, a partir de la media noche del día en que la sentencia condenatoria queda firme<sup>113</sup>. Para suplir la incapacidad, el penado queda sujeto a al curatela establecida por el Código Civil para los incapaces (C. P., art. 12, 3ª disposición), salvo que ya esté sometido a otra representación tuitiva de sus bienes<sup>114</sup>. El juez debe proveer de oficio a esa curatela, pero, desde que el penado tiene intereses que resguardar respecto de su representación, el Tribunal debe darle la posibilidad de hacerse oír a través de su representante en el procedimiento judicial abierto a los fines de la designación de su curador, porque su incapacidad deriva de la situación de hecho en que se encuentra y no por insuficiencia o defecto de su conciencia o voluntad<sup>114 bis</sup>. Los actos realizados por el penado al margen de la curatela, son manifiestamente nulos, pero confirmables desde que la nulidad es relativa, porque el penado no carece de discernimiento<sup>115</sup>.

#### IV. Disposiciones registrables

El artículo 51, mal agregado al Código Penal por la Ley 23.057, es una ley, como la 22.117 del Registro de Reincidencia y Estadística Criminal, que salvo su último párrafo, no contiene disposiciones complementarias del derecho penal común, sino disposiciones de naturaleza registral, aunque con influencia sobre la ley penal. Con arreglo a la disposición, se establece:

*Prohibiciones impuestas a los entes registrables.* A estos entes, sea que formen parte de la administración pública central o a una entidad autárquica pero, en ambos casos, que lleven el curriculum penal de las personas, les está prohibido informar: 1) sobre datos correspondientes a un proceso terminado por sobreseimiento definitivo, 2) sobre la existencia de detenciones que no provengan de la formación de una causa penal contra una persona, salvo que los informes se requieran para resolver un habeas corpus o traten de causas por delitos en que haya sido víctima el detenido.

*Caducidad* <sup>115 bis</sup>. El registro de las sentencias condenatorias caduca, lo que equivale prácticamente a la inexistencia de lo registrado, respecto de todos los efectos posibles de la sentencia, de pleno derecho, en los siguientes términos: a) si la condena es condicional, después de diez años de la fecha de la sentencia, b) por otras condenas a penas privativas de la libertad de cumplimiento efectivo trans-

<sup>113</sup> Ver NUÑEZ, II, 447.

<sup>114</sup> VALDÉS, ob. cit., p. 509.

<sup>114 bis</sup> NUÑEZ, *Acerca del nombramiento de curador del penado*, nota a fallo, Semanario Jurídico 49, 8/8/978, p. 216.

<sup>115</sup> ORGAZ, *Personas individuales*, Buenos Aires, 1946, § 20, N° 8.

<sup>115 bis</sup> Véase DANIEL P. CARRERA, *¿Caducidad o extinción de las sentencias condenatorias o de sus registros?*, nota a la sent. n° 4 del Juzgado Correccional de 4ª Nom. de Cba, Semanario Jurídico n° 857, p. 264.

curridos diez años a partir de la extinción de la pena impuesta, c) por condenas de multa o inhabilitación, transcurridos diez años de la multa o la inhabilitación. En los casos mencionados la extinción de la pena a los efectos de la prohibición de informar, se produce por su cumplimiento y por las causales de extinción de los artículos 65, 68 y 69.

*Deber de informar.* El registro debe dar la información siempre que el interesado en ella haya dado su consentimiento expresamente al órgano requirente o cuando un magistrado penal o no, lo requiera por ser necesaria como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

*Obligación de comunicar.* Los tribunales judiciales que dictaron las condenas tienen la obligación de comunicar a los organismos penitenciarios o administrativos que registraron las condenas: a) la extinción de las penas perpetuas, b) el cómputo de las penas temporales, condicionales o de cumplimiento efectivo, c) el cumplimiento total de la pena de multa o, en caso de sustitución por prisión, la realización del cómputo de ésta, d) la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69. La omisión injustificada por el funcionario obligado a hacerla lo hace incurrir en el delito del artículo 249.

*Violación a la prohibición de informar.* El último párrafo del artículo 51 considera la violación de la prohibición de informar como una forma de violación de secreto oficial y lo castiga con la pena del art. 157, si el hecho no constituye un delito más severamente penado. Se trata de una equiparación y no de una identidad de dos figuras delictivas, porque tienen objetos distintos. Si el informe contiene una falsedad se aplica el art. 293. Sujeto activo de la violación únicamente puede ser la persona autorizada para expedir el informe<sup>115 ter</sup>.

<sup>115 ter</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., ps. 230 y sgtes.

### Capítulo III

## AGRAVAMIENTO DE LA PENA REINCIDENCIA<sup>116</sup>

### I. *Concepto*

La *reincidencia* agrava la pena, no porque agrave el delito cometido, sino porque al autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal; según unos, porque esa pena es insuficiente en relación a su sensibilidad<sup>117</sup>; según otros, porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior o del sufrimiento de la pena que le fue impuesta, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor perversidad<sup>118</sup> o su mayor peligrosidad delictiva<sup>119</sup>. Este último es el criterio del Código Penal (art. 41)<sup>120</sup>.

Si ambos delitos son de la misma especie, la reincidencia es *específica*. En caso contrario, es *genérica*. La reincidencia es *ficta* si basta la condena anterior; es *real o verdadera*, si el delincuente tiene que haber sufrido la pena. Este último es el sistema que sigue el Código Penal a partir de la ley 23.057, que al requerir el cumplimiento total o parcial de la condena anterior, que representa el más efectivo contraimpulso respecto de la recaída en el delito, atiende al efecto corrector de aquel cumplimiento. Con arreglo a la ley vigente, hay *reincidencia* siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente una pena privativa de libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena (art. 50, párrafo 1º ley 23.057)<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> HERRERA, *La reforma penal*, p. 539; NUÑEZ, II, 474; SOLER, II, p. 72; FONTÁN BALESTRA, III, § 61. .

<sup>117</sup> CARRARA, *Stato della dottrina sulla la recidiva*, p. 133 ("Opúscoli", 5ª ed., vol. II, p. 125).

<sup>118</sup> Proyecto de 1891 (1ª ed.), p. 97.

<sup>119</sup> IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, ps. 152 y 162.

<sup>120</sup> MORENO, *El código penal y sus antecedentes*, t. III, p. 99.

<sup>121</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones cit.*, p. 218.

## II. La condena anterior

La condena anterior puede haber sido dictada en el país o en el extranjero. Dictada en el país tiene que provenir de un tribunal judicial que puede ser federal, nacional o provincial, y, antes de la comisión del nuevo delito, debe estar firme, por no admitir recurso alguno<sup>122</sup>. Dictada fuera del país, la reincidencia también es real, porque sólo se tiene en cuenta la condena sufrida en el extranjero. En este caso, debe tratarse de una condena firme de acuerdo con la ley procesal extranjera pronunciada por razón de un delito castigado, en el caso concreto, con pena privativa de libertad, cumplida total o parcialmente de conformidad a la ley extranjera, siempre que el delito que la ha motivado pueda, según la ley argentina, dar lugar a la extradición del condenado. La condena extranjera y el sufrimiento total o parcial de la pena impuesta se prueba por instrumentos, copias o certificaciones auténticos expedidos conforme a las leyes del respectivo país<sup>123</sup>.

La condena debe ser a *pena privativa de libertad* (prisión o reclusión) de cumplimiento efectivo. La pena debe haber sido impuesta a la persona como autora o partícipe de un delito común, previsto por el Código Penal o las leyes que lo complementan, con prescindencia de si es doloso o culposo, tentado, consumado o imposible, de su naturaleza o especie, gravedad o modo de comisión. Además de los delitos mencionados en el párrafo 3º del art. 50, quedan excluidas las contravenciones o faltas. La pena debe haber sido impuesta originariamente. No debe ser impuesta por conversión de otra, v. gr., de la multa<sup>124</sup>.

## III. Cumplimiento de la pena

Conforme al sistema vigente, no basta que medie una sentencia condenatoria anterior, sino que ésta debe haber sido cumplida, total o parcialmente, exigencia que ha producido discrepancias, sobre si el tiempo de prisión preventiva debe computarse a los efectos del cumplimiento de la pena requerido por el párrafo 1º del art. 50 y, además, sobre el significado del cumplimiento parcial de la pena.

El tiempo de prisión preventiva debe computarse a los efectos mencionados porque, por un lado, la redacción del artículo, nada dice que pueda inducir a pensar lo contrario; además, porque el Código Penal, en el art. 24, requiere que a los efectos de las penas de prisión y reclusión se compute la prisión preventiva. Finalmente, porque, como sucede en el caso de la obtención de la libertad condicional, es posible que la reincidencia se produzca aunque al totalidad de la pena no se cumpla bajo el rigor propio de la ejecución penitenciaria<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 219.

<sup>123</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 224 y sgte.

<sup>124</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 220.

<sup>125</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 221 y sgte.; también, *Reincidencia y prisión preventiva*, nota a la sentencia del 30/X/984 del T.S.J. Cba, Semanario Jurídico 529, 13/XII/984, p. 4; *Cuestiones de Reinciden-*

El régimen legal de la reincidencia en el caso de cumplimiento parcial de la pena, excluye la necesidad de determinar judicialmente en los casos ocurrentes, cuál debiera ser el lapso de privación de libertad admisible, desde que a los efectos de la declaración de reincidencia, sólo se puede hablar de cumplimiento parcial de la pena cuando el penado ha obtenido un indulto parcial o una conmutación de la pena o su libertad condicional, que de por sí excluyen la posibilidad del planteo de la cuestión, porque el lapso de cumplimiento queda determinado automáticamente<sup>125 bis</sup>.

#### IV *El nuevo delito*

El nuevo delito requerido para considerar que un condenado es reincidente debe ser punible con pena privativa de libertad. No basta que la ley lo declare punible con esa especie de pena, sino que es necesario que la nueva sentencia haya aplicado esa pena. Por consiguiente, no concurre el nuevo delito exigido por el art. 50, si, a favor del autor, concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o una excusa absolutoria<sup>126</sup>.

#### V *Delitos excluidos*

A los efectos de la reincidencia no se toma en cuenta la pena cumplida por delitos políticos, amnistiados o previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, ni los cometidos por menores de 18 años de edad (C.P. 50, § 3º). La enumeración es taxativa.

Los *delitos militares* excluidos son los que por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan (C. de J. M., art. 108, inc 1º, ley 23.049)<sup>126 bis</sup>.

A los efectos de la improcedencia de la reincidencia por *delitos políticos*, que implican una ofensa a un bien de naturaleza política, quedan equiparados a éstos los delitos por causa política. Los delitos amnistiados han quedado borrados como antecedente y, por ello, no pueden oponerse a cargo de su autor<sup>127</sup>.

---

*cia* (ley 23.057), Doctrina Penal, 1985, p. 715 y sgtes. En contra ZAFFARONI, *La reforma penal en materia de reincidencia y condenación condicional*, Doctrina Penal 1984, p. 361 y sgtes. El T.S.J. Cba., por sent. n° 38 del 9/6/998, Semanario Jurídico n° 1199, p. 63, ha reiterado la tesis de que debe computarse la prisión preventiva. Piensa que la tesis reposa en una interpretación analógica *in malam partem*, CARLOS ALBERTO TORRES, *Reincidencia: un caso complejo de interpretación de la ley penal (art. 50 del Código Penal)*, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología n° 61, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1996; también DE LA RUA, ob. cit. 2ª ed., p. 903, en cuya nota 110 señala que la ley, en el art. 24, alude a forma de computar, no de cumplimiento.

<sup>125 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 224.

<sup>126</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 220 y sgte.

<sup>126 bis</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 226, donde aclara que como en tiempo de guerra la jurisdicción militar se extiende a los delitos en general (C.J.M., art. 108, párrafo 2º, Ley 23.049), la pena por un delito común castigado por un tribunal militar puede dar lugar a reincidencia.

<sup>127</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 225 y sgte.



Los delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad en el momento de cometer el hecho, tampoco dan lugar a reincidencia. Esta regla no ha derogado el art. 5º de la ley 22.278 en cuanto dispone, por un lado, que las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad; y en cuanto, por otro lado, dispone que si el menor fuera juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrá ser tenidas en cuenta o no, a efectos de considerarlo reincidente<sup>127 bis</sup>. La del artículo 5 es una excepción reservada para los casos de *juzgamiento de menores de edad*, esto es, de personas que en el momento de la sentencia no hayan cumplido la edad de veintiún años (C. Civil, 126 [Ley 17.711]).

#### VI. Prescripción de la pena

La pena sufrida no se tiene en cuenta a los efectos de la declaración de reincidencia cuando, a partir de su cumplimiento, hubiere transcurrido un lapso igual al monto de prisión o reclusión impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años (art. 50, 4º párrafo). Se trata de la inoperatividad de la pena cumplida por el condenado como factor de reincidencia y no de la prescripción del estado de tal. El término, que se cuenta a partir del cumplimiento de la pena impuesta, es corrido y sólo puede ser interrumpido por la comisión de un delito, debiendo, entonces, iniciarse un nuevo término<sup>128</sup>.

#### VII. Condición de reincidente

Una vez que el delincuente ha adquirido la *condición de reincidente* ya no la pierde por el transcurso del tiempo. La nueva sentencia no es constitutiva del estado de reincidencia, sino simplemente declarativa de la comisión del nuevo delito que genera ese estado, por lo que la adquisición de la calidad de reincidente no depende de que la sentencia que declara la existencia del hecho que la genera, declare reincidente al condenado<sup>129</sup>.

<sup>127 bis</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 227.

<sup>128</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 228.

<sup>129</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 228. "A los efectos de la reincidencia, la serie de las sentencias condenatorias a penas privativas de la libertad ya cumplidas, tiene su propio régimen de prescripción, o sea, de extinción, cuyo término por ser específico frente a los plazos de caducidad de su registro del art. 51 C.P., el principio de vigencia fuerza a acatar, lo que no acontece en los supuestos de reincidencia múltiple, que no dependen de plazos, sino de cantidad de antecedentes, la prueba de cuya existencia, a través de la demostración de las penas privativas de libertad anteriormente soportadas (cuatro o cinco, según el caso), queda subordinada a la no caducidad de los registros de las respectivas sentencias condenatorias, con arreglo al principio de la unidad sistemática", DANIEL P. CARRERA, *¿Caducidad y extinción de las sentencias condenatorias o de sus registros?*, nota a fallo, Semanario Jurídico n° 857, p. 268.

## VIII. Efectos

La reincidencia, además de operar como circunstancia generalmente agravante en la individualización de la pena (art. 41)<sup>129 bis</sup>, impide la libertad condicional del reincidente (art. 14). También, la condenación condicional, en caso de primera concesión, por no ser “primera condena”; en el caso de segunda, también, porque entre la primera condena y el segundo hecho es imposible que se dé la condición temporal del art. 27, 2º párrafo<sup>129 ter</sup>. La reincidencia, cuando es múltiple, determina la imposición de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

IX. Reclusión accesoria<sup>130</sup>

## A. Concepto

Mientras que en el sistema derogado por la Ley 23.057, la mera primera reincidencia ya *agravaba* la pena, el nuevo art. 52 no la agrava, sino que en el caso de reincidencia múltiple impone la *accesoria de reclusión por tiempo indeterminado*, siempre que preexistan las condenas que la ley requiere (C.P. 52, incs. 2 y 3).

La reclusión accesoria por tiempo indeterminado que la ley denomina medida (art. 52, última disposición) no es, en realidad, tal, sino una verdadera pena de reclusión, que se le aplica al reo en razón de su reiterada violación del deber de no delinquir y se cumple con régimen carcelario (art. 53, párrafo segundo) en el establecimiento de la Nación destinado a ese exclusivo objeto<sup>131</sup>. Esta medida de seguridad accesoria a la última condena, no es aplicable a los hombres que en el momento de su ejecución están débiles o enfermos o son mayores de sesenta años, porque ellos debe cumplir su condena en prisión y sometidos sólo a la clase de trabajo especial arreglado a su condición física (C.P., 7). Las mujeres cumplirán la accesoria en establecimientos especiales (C.P., 8)<sup>(132)</sup>.

## B. Procedencia

Para que proceda la reclusión por tiempo indeterminado, en el momento de la *última condena*, esto es, la que está dictando el juez, deben mediar, vale decir, preexistir, las *siguientes penas anteriores*:

<sup>129 bis</sup> MARCHIORI, ob. cit., p. 64.

<sup>129 ter</sup> DE LA RUA, *Código Penal Argentino*, 2ª ed., p. 917.

<sup>130</sup> NUÑEZ, II, 492; FINZI, *Habitualidad y reincidencia* cit.; GONZÁLEZ MILLÁN, *Motivación, fundamento y alcance de la reforma del art. 52 del código penal* (“Revista penal y penitenciaria”, 1944, Nos. 31/34, p. 13); ODERIGO, *Reclusión accesoria del art. 52 del código penal* (“Revista de derecho”, 1945, p. 197); FLEISS, *Sobre el art. 52 del código penal* (“J. A.”, 1943, Sec. Doct., p. 85).

<sup>131</sup> Según el texto primitivo del art. 52, la reclusión debía cumplirse “en un paraje de los territorios del sud”, y a ese fin estaba destinado el penal de Ushuaia.

<sup>132</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 237.

a) cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años, o

b) cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. En cada caso deben concurrir los requisitos de los artículos 50 y 51, párrafos 1º y 2º.

No es una condición de cada sentencia condenatoria que se declare la reincidencia del condenado, porque esa declaración no es constitutiva del estado de reincidencia del reo, sino que es declarativa de ese estado en razón de que aquél ha cumplido el número de condenas requeridas por la ley, lo que se debe declarar en la última condena.

Las condenas, que pueden ser a reclusión o prisión, deben haberse cumplido sucesivamente, aunque con soluciones de continuidad entre ellas, siempre que entre la condena anterior y la subsiguiente no hubiere transcurrido el termino de caducidad (art. 51). El cumplimiento de la pena impuesta por una sentencia de unificación de penas, no multiplica el número de éstas a los fines de los incisos 1º y 2º del párrafo 1º del art. 52.

La repetición de la reincidencia múltiple no agrava la nueva medida. La "última condena" en el caso de la reincidencia múltiple, representa la primera condena cuya pena debe ser la primera a cumplir en una ulterior reincidencia múltiple. Dadas las condiciones establecidas por el art. 52, la medida es de aplicación obligatoria, pero no de pleno derecho sino que debe ser impuesta en la condena a la que accede<sup>133</sup>.

#### C. Suspensión de la accesoria

La imposición de la medida accesoria no es absolutamente obligatoria, sino que los tribunales pueden, por única vez, dejarla en suspenso, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26. Si falta o es insuficiente la debida fundamentación, la suspensión puede ser revocada o casada por el juez *ad quem*, sea de apelación o de casación con arreglo al ordenamiento procesal de que se trate.

La suspensión de la medida no implica una revocación de la medida ya aplicada, sino la no aplicación de ella inicialmente. Pero esta decisión puede ser tomada tanto en la primera reincidencia múltiple como en una ulterior<sup>134</sup>.

#### D. Liberación condicional<sup>135</sup>

La accesoria de reclusión es impuesta por tiempo *indeterminado*. Teóricamente la *indeterminación* no equivale a perpetuidad, pues su término debe

<sup>133</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 236 y sgte. Véase la nota a fallo de DANIEL P. CARRERA, citada en nota n° 128.

<sup>134</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 237.

<sup>135</sup> NUÑEZ, II, 502; FLEISS, *Aplicación de la libertad condicional a los delincuentes habituales que cumplen la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del Sud* (Revista penal y penitenciaria, 1943, Nros. 29 y 30, p. 483).

estar dado por la desaparición de las condiciones que dieron lugar a la imposición de la medida o sanción. Pero, según el Código Penal, la indeterminación de la medida accesoria del artículo 52 y la perpetuidad del encierro inherente a las penas privativas de libertad, sólo pueden terminar de la misma manera, mediante el cumplimiento por parte del penado de las condiciones bajo las que obtuvo la libertad o liberación condicional<sup>136</sup>.

El artículo 53 regula la liberación condicional de los sometidos a la reclusión accesoria. El otorgamiento de ella, es una facultad del tribunal que condenó al penado en última instancia o le impuso la pena única. Empero, el tribunal no puede resolver discrecionalmente sobre la procedencia o no de la libertad condicional, pues la ley lo obliga a fundar la decisión respecto de la concurrencia de los requisitos que menciona el art. 53, párrafo 1º. La falta de fundamentación anula la resolución<sup>137</sup>.

Transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal, previo informe de la autoridad penitenciaria a cuyo cargo se encuentra el cumplimiento de la sanción accesoria, podrá otorgarle al condenado la "libertad condicional", siempre que hubiere dado prueba:

a) de buena conducta como recluso, que implica la observancia de los reglamentos carcelarios, demostrando no sólo su aptitud para desempeñar un trabajo lucrativo sino, también, su predisposición para hacerlo habitualmente;

b) de que no constituirá, verosímelmente, un peligro para la sociedad, sea por la ausencia de peligrosidad delictual como de otros perjuicios que pueda ocasionar a su familia o a la comunidad<sup>138</sup>.

La liberación condicional se otorga en las condiciones compromisorias establecidas en el art. 13 del Código penal, salvo que no sólo es admisible el sometimiento a la vigilancia de un patronato, sino igualmente, a la de una institución o persona digna de confianza (art. 53, § 1º, 2ª disposición). La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones, podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior (art. 53, § 2º, 1ª disposición). A diferencia de lo que sucede respecto de la libertad condicional del artículo 13, cuya revocación es obligatoria si el penado comete un nuevo delito o viola la obligación de residencia (C. P., 15), la liberación condicional es revocable por la violación de cualquiera de las condiciones del artículo 13, pero en forma facultativa para el tribunal.

La "libertad vigilada" es reiterable, pues si ha sido revocada por otra causa que la comisión de un delito, el condenado la puede solicitar nueva-

<sup>136</sup> La opinión predominante y la práctica interpretaban que de acuerdo al texto original del art. 52, la reclusión accesoria tenía carácter perpetuo.

<sup>137</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 239.

<sup>138</sup> NUÑEZ, *ob. cit.*, p. 240.

mente en las mismas condiciones anteriores, después de transcurridos cinco años a partir de la media noche del día de su reintegro al régimen carcelario anterior (art. 53, § 2º, 2ª disposición).

Transcurridos cinco años de obtenida la "libertad condicional", el condenado puede solicitar su libertad definitiva al tribunal que le concedió aquella. Esta se la concederá o no, según sea el resultado obtenido en el período de prueba de la "libertad condicional" y previo el informe del patronato, institución o persona digna de confianza a cuyo cargo ha estado el control de la actividad del liberado (art. 53, § 1º, 2ª disposición). El juicio del tribunal tiene por objeto las mismas condiciones que hacen admisible la liberación condicional. **La libertad definitiva es irrevocable**<sup>139</sup>.

<sup>139</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 241.

## Capítulo IV

### **EXTINCIÓN DE LA PENA<sup>140</sup>**

La pena impuesta por sentencia firme -que es la que no admite recurso- se extingue por las causas que se estudian a continuación.

#### *I. Muerte del condenado*

A diferencia de lo que sucede respecto de la extinción de la acción penal (C. P., 59, inc. 1º), el Código Penal no dice de manera expresa que la pena se extinga por la muerte del condenado. Ello surge, sin embargo, del carácter personal de la pena, especialmente en lo que respecta a la pena privativa de libertad y a la de inhabilitación. Aunque, el carácter personal de la pena de multa ha sido desconocido en el derecho fiscal<sup>141</sup>, eso no ha sucedido en el marco del Código Penal, en el cual la opinión unánime es que después de muerto el condenado, sólo las indemnizaciones pecuniarias civiles pueden hacerse efectivas sobre sus bienes (C. P., 70). Esta opinión, ahora, encuentra otro argumento: el art. 5, inc. 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de superior alcurnia (C.N. art. 75 inc. 22º), que expresamente consagra el principio de la personalidad de la pena.

#### *II. Amnistía*

Ver lo que decimos al tratar de la amnistía como causa de extinción de la acción penal.

#### *III. Indulto*

El indulto del reo, que implica el ejercicio de la facultad de perdonar, extingue la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas

<sup>140</sup> NUÑEZ, II, 535; FONTÁN BALESTRA, III, § 72, II.

<sup>141</sup> Ver NUÑEZ, *La multa fiscal y la muerte del infractor* ("Derecho Fiscal", 1956, p. 304). También NUÑEZ, *Extinción de la multa por muerte del condenado* ("La Ley", t. 54, p. 944)

a particulares (C. P., 68). Los efectos son los inherentes a la pena, por ejemplo los del artículo 12 del Código penal, pero no los inherentes a la condena, por ejemplo, los del artículo 23. El objeto del indulto es la pena y no la acción penal, por lo que no es aplicable al procesado<sup>141 bis</sup>.

El Presidente puede indultar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente (Const. Nacional, 99, inc. 5º). En las provincias, la facultad de indultar es un poder conservado por ellas (Const. Nacional, 121), ejercitable respecto de las penas impuestas por infracciones de carácter local y delitos comunes. Los poderes Constituyentes provinciales pueden otorgar esa facultad al Poder Ejecutivo o al Legislativo<sup>142</sup>.

El indulto tiene su fundamento en la idea de posibilitar la justicia a pesar de la limitación e imperfección de la ley penal<sup>143</sup>. Por esto, desde el punto de vista de la ciencia, receptado por la Constitución Nacional, el indulto debe ser un acto particular a cargo del Poder Ejecutivo, pues el Legislativo no está en las mismas condiciones para practicarlo<sup>144</sup>. Sin embargo, las provincias admiten indultos generales (Const. de Córdoba, 144, inc. 8º).

El de indultar, que es un poder discrecional en cuanto a su oportunidad, alcance y modalidades<sup>145</sup>, puede ser total o parcial. Cuando es parcial, porque sustituye la pena por otra menor en especie o cantidad, toma el nombre de conmutación (Cons. Nacional, 99, inc. 5º)<sup>146</sup>. El condenado no puede rechazar el indulto, porque el obtenerlo no es un derecho suyo.

<sup>141 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 306 y nota 657. Sobre el indulto a los procesados, Cám. Fed. Córdoba, s. 4/12/989, con nota de DANIEL P. CARRERA: *El último paso atrás*, *Semanario Jurídico* 773, 21/12/989, p. 11. Ver también, BIDART CAMPOS, *El indulto a procesados*, E.D. 135-780. La C.S.J.N. negó el indulto a procesados en fallos T. 6: 229; 165: 199; lo aceptó, en fallos 313: 1398; 315: 2422. Véanse los decretos del P.E.Nac. N° 1002 y 1005 de 1989 (B.O. 10/X/989, ps. 4 y 5). En Córdoba, la cuestión no puede plantearse porque su Constitución (144, inc. 8º) requiere que medie sentencia firme.

<sup>142</sup> MARTÍNEZ PAZ, *Facultad provincial en materia de indultos* ("Boletín de la Fac. de Derecho", Córdoba, año II, N° 4).

<sup>143</sup> C. S. de la Nación, 16-VI-922, *Fallos*, t. 136, p. 244 (considerando 5º); J. V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª ed., N° 459.

<sup>144</sup> J. V. GONZÁLEZ, *Manual*, cit., N° 549.

<sup>145</sup> J. V. GONZÁLEZ, *Manual* cit., N° 550; C. S. de la Nación, 19-VII-951, *Fallos*, t. 220, p. 730 (no puede ser revisado judicialmente para confrontarlo con el principio de igualdad de la ley). Ya JULIO HERRERA, *La reforma penal*, p. 540, nota 1, se refiere a los abusos que en el país se hacen de la facultad de indultar. Con mucha frecuencia se lamenta la benignidad que se le asigna al C.P., pero, al mismo tiempo, contradictoriamente, las provincias conceden indultos a granel.

<sup>146</sup> RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, p. 615; J. V. GONZÁLEZ, *Manual*, cit., N° 547; MOYANO GACITÚA, *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, 1899, p. 410.

IV. Prescripción<sup>147</sup>

Las penas, excepto la de inhabilitación, se prescriben en los términos establecidos por el artículo 65 del Código Penal.

La prescripción de la pena se funda, como la de la acción penal, en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social causada por el delito y la correspondiente exigencia social de que se lo reprima. Por ello, debe declararse de oficio y no puede ser rehusada por su beneficiario.

La prescripción de la pena cuyo cumplimiento no ha comenzado, empieza a correr desde la media noche del día en que le fue notificada al reo la sentencia que, de acuerdo con la ley procesal, quedó firme (ver C. de PP. de Córdoba, 148 y C.PP. de la Nación art. 128); o desde la media noche del día del quebrantamiento de la condena, si ésta había empezado a cumplirse (C. P., 66).

La respectiva ley procesal es la que determina la forma de la notificación. Ésta, si dicha ley lo admite, puede ser hecha al reo en persona o por cédula entregada en lugar y persona autorizados<sup>148</sup>. Pero no equivale a la notificación hecha al reo, la dirigida y hecha a su defensor.

La pena privativa de libertad se quebranta si el penado se libera del encierro, y la de multa, si autorizado el pago en cuotas, después de haber abonado una o alguna de ellas, el penado no paga oportunamente la posterior. Ni la concesión de un término para pagar la multa, ni la solicitud de pago en cuotas y el auto que la consiente, implican el comienzo del cumplimiento de la pena de multa<sup>149</sup>. Pero el pago de las cuotas constituye cumplimiento de la pena<sup>150</sup>.

El concurso de penas de la misma especie (art. 55) o de distinta naturaleza (art. 56) impuestas por distintas sentencias, no altera el término de prescripción de cada una de ellas, salvo el caso de su unificación (art. 58), supuesto en el cual la pena única tiene su propio término de prescripción<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> NUÑEZ, II, 540; VERA BARROS, *La prescripción penal en el código penal y leyes especiales*, Buenos Aires, 1960.

<sup>148</sup> La Cám. Penal Económica de la Capital, en pleno, 17-IV-970, *La Ley*, t.138, fallo 65.095 (J. A., N° 3552, mayo 21 de 1970), ha resuelto que: "Para los efectos previstos en el art. 66, C. P., no se requiere la presencia del reo al notificársele la sentencia condenatoria". Había resuelto lo contrario, la Cám. Federal de la Plata, en pleno, 12-XII-968, *La Ley*, t. 133, p. 571 (J. A., 2-1969-sec. prov. p. 632).

<sup>149</sup> En contra, Cám. en lo Crim. y Correc. de la Capital Federal 25-XI-941, J. A., 1942-IV, p. 901.

<sup>150</sup> Cámara en lo Crim.y Correc. de la Capital Federal, 23-II-926, *Fallos*, t. 2, p. 158.

<sup>151</sup> GAVIER, nota 5 de la p. 216 del *Tratado* de MANZINI, vol. V. Algunos suman las distintas penas, porque no pueden cumplirse simultánea y paralelamente, sino una después de la otra (SOLER, II, 466; VERA BARROS, *La prescripción* cit., § 16, 3). Sobre este argumento, NUÑEZ, II, 543.



Las penas conjuntas, salvo la de inhabilitación por ser imprescriptible, prescriben con arreglo al término mayor, ya que no se trata de penas independientes, sino de una medida penal única, pero compleja en su composición<sup>152</sup>. En caso de que la multa se convierta en prisión (C. P., 21 § 2º), la prescripción se rige por esta pena. Las penas accesorias prescriben junto con la principal<sup>153</sup>. Pero la prescripción, que extingue la pena, no borra la condena, ni afecta los efectos inherentes a ésta (C. P., 23). Tampoco afecta las indemnizaciones debidas a particulares<sup>154</sup>.

La prescripción de la pena se interrumpe si antes de vencido su término, el reo comete otro delito<sup>155</sup>. A diferencia de lo que sucede respecto de la prescripción de la acción penal, los actos de procedimiento tendientes a ejecutar la pena no interrumpen su prescripción (confróntese C. P., 67, § 4º). La interrupción deja sin efecto el término corrido hasta el momento de la comisión del delito.

Aunque el Código penal no prevé causas de suspensión de la prescripción de la pena, aquélla se produce si la ley impide la ejecución de ésta<sup>156</sup>.

La prescripción de la pena corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes de delito (C.P., 67, § 5º).

#### V. Perdón

El perdón de la parte ofendida -o de su representante o guardador si es incapaz- extingue la pena impuesta por delito de acción privada (C.P., 69, § 1º).

El perdón es la remisión que el ofendido o agraviado por el delito que ejerció la respectiva acción, hace, por la cancelación de la ofensa, de la pena impuesta por sentencia firme al delincuente. Si la acción fue ejercida por varios, sólo el perdón de todos ellos extingue la pena impuesta al reo. El ofendido que no ejerció la respectiva acción puede renunciar a ella, pero no puede perdonar la pena impuesta en razón de la acción de otro. Si son varios los partícipes, el perdón en favor de uno aprovecha a los demás (C. P., 69, § 2º).

El perdón debe ser otorgado en forma expresa y auténtica. Opera judicialmente y de una manera obligatoria para el condenado.

<sup>152</sup> VERA BARROS, *La prescripción* cit., § 16, 1.

<sup>153</sup> GAVIER, nota de la p. 212 del *Tratado* de MANZINI, vol.V; VERA BARROS, *La prescripción* cit. § 16, 1 y 2.

<sup>154</sup> NUÑEZ, *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, 1948, p. 56.

<sup>155</sup> SOLER, II, 465; FONTÁN BALESTRA, III, p. 433.

<sup>156</sup> Sobre la suspensión de la prescripción de la acción antes de que la Ley 13.569 la dispusiera de manera expresa, véase la doctrina de la C.S. de la Nación, 18-XI-942, *Fallos*, t. 194, p. 242 (J. A., 1942-IV, p. 841; *La Ley*, t. 28, p. 655). También NUÑEZ, II, 544; VERA BARROS, *La prescripción* cit., § 18, I. Conforme, también FONTÁN BALESTRA, III, p. 433.

## Undécima Parte

### **MEDIDAS DE SEGURIDAD<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> SOLER, *Las medidas de seguridad no son sanciones* ("Anuario de derecho penal y ciencias sociales", t. XVII, fasc. II, mayo-agosto, MCMLXIV, p. 215). Una exposición general, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Medidas de seguridad* ("El Criminalista", 2ª serie, t. II, p. 219); íd., *Penas y medidas de seguridad* ("Jornadas de derecho penal", Buenos Aires, 1962, p. 289); OLESA MUÑOZ, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951; CONRADO FINZI, *Evolución y estado actual de las medidas de seguridad y corrección en la doctrina y legislación alemanas* ("Cuadernos de los institutos", N° 32, p. 7, Universidad Nacional de Córdoba). Un punto de vista sobre lo que ha pasado en nuestro país, LAJE ANAYA, *Medidas de seguridad y tutelares en la legislación penal argentina*, Universidad Nacional de Córdoba, 1967.



## I. Concepto

Las *medidas de seguridad* aplicables judicialmente se diferencian de las penas porque, a diferencia de éstas, no constituyen la retribución del mal causado por el delito, pues no se fundan en la violación por el autor del deber de no delinquir, sino que, según el Código Penal, son medios curativos sometidos al principio de legalidad, que el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás (C. P., 34, inc. 1º, § 2º y 3º).

Sobre la base de un monismo consistente en englobar cada vez más la seguridad en la represión privativa de libertad, se pretende llegar a la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Pero esto, que sólo abarca el ámbito de las penas privativas de libertad, implica olvidar que la identificación entre la pena y la medida importaría prescindir, por un lado, de la diferencia entre *culpabilidad delictiva* y *peligrosidad*, como fuentes, respectivamente, de la una y de la otra; y por otro lado, de la diferencia entre *represión* y *medios de cura o de segregación social*, como ejecución, correspondiente, de la pena y de la medida.

Teóricamente las medidas de seguridad pueden ser curativas o eliminatorias. Las curativas tienden a eliminar la causa determinante de la medida. Las *eliminatorias* son aplicables a los delincuentes que por habitualidad o reincidencia se presentan como aparentemente incorregibles. Estas son las medidas que el Código Penal ha reemplazado por la llamada "sanción" accesoria carcelaria (art. 52, Ley 23.057).

## II. Reclusión del enajenado

Cuando el autor del delito es inimputable por enajenación mental, el tribunal podrá ordenar su reclusión en un manicomio, aunque no sea judicial (C. P., 34, inc. 1º, apartado 2º).

Según el concepto legal, es enajenado el delincuente que en el momento del hecho no pudo comprender su criminalidad o dirigir sus acciones por

insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades (C. P., 34, inc. 1º, apartado 1º). La reclusión es el encierro de la persona con fines de seguridad y cura<sup>2</sup>.

El ejercicio de la facultad a que se refiere el apartado 2º, presupone que la persona ha sido autora o partícipe de un delito y que existe el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. El daño amenazado puede ser a la persona o bienes del agente o a la persona o bienes de los terceros.

El juicio de peligro no es un juicio limitado a la peligrosidad criminal del agente, sino que también se extiende a su peligrosidad en relación a daños no delictivos. Aunque la ley no lo establece de manera expresa, como por el contrario lo hace respecto del egreso del manicomio, tratándose de una materia que requiere conocimientos especiales, el juicio de peligro supone la observación siquiátrica del individuo (C. de P. P. de Córdoba, 231 y 523 y C.P.P. de la Nación art. 253 y 511).

La conclusión afirmativa del juez -no la de los peritos, con los que aquél puede discrepar- vuelve obligatoria la reclusión, pues, por un lado, el "podrá" de la ley tiene en cuenta el simple "caso de enajenación", y por otro, la ley obliga a mantener la reclusión mientras exista el peligro del daño propio o de terceros. El concepto de manicomio como establecimiento destinado a la internación del enajenado, ya no puede interpretarse como establecimiento destinado al alojamiento y atención de los locos o alineados, sino como el establecimiento destinado a la internación de enfermos mentales, cualquiera que sea su afección mental<sup>2 bis</sup>.

El recluso no podrá salir del manicomio sino por resolución del juez que decretó la medida<sup>3</sup>, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. El juicio pericial tampoco obliga aquí al juez<sup>4</sup>. La liberación es definitiva<sup>5</sup> e irrevocable.

### III. Reclusión del inconsciente

"En los demás casos en que se absolviese a un procesado por las causales del presente inciso -dice el apartado 3º, inciso 1º, del artículo 34- el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso".

<sup>2</sup> DÍAZ, *Internamiento de seguridad - Artículo 34 del código penal*, p. 34 ("Revista penal argentina", 1926, t. VI, p. 32); GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Buenos Aires, 1939, p. 306.

<sup>2 bis</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 119.

<sup>3</sup> Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital Federal, 20-II-925, Fallos, t. 1, p. 41.

<sup>4</sup> Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital Federal, 12-VIII-938, Fallos, t. 4, p. 21.

<sup>5</sup> Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital Federal, 22-III-935, Fallos, t. 1, p. 43; DÍAZ, *Internamiento de seguridad* cit., p. 41.

A pesar de la generalidad de su términos, el apartado 3º comprende únicamente a los autores de un delito inimputables por su estado de inconsciencia, principalmente por ebriedad o toxicomanía, desde que ellos y no los delincuentes inculpables por error o ignorancia<sup>6</sup>, son susceptibles de presentar las condiciones de peligrosidad que fundamentan la reclusión.

Comprobadas por el juez, con la ayuda pericial, las condiciones que hicieren peligroso al autor del delito en estado de inconsciencia, es obligatoria su reclusión en un establecimiento adecuado. Este no tiene que ser necesariamente un establecimiento especializado, como son los para bebedores o toxicómanos, sino que basta que sea adecuado para el tratamiento pertinente. La peligrosidad puede ser delictiva o referida a daños de otro carácter, en perjuicio del propio sujeto o de terceros<sup>7</sup>.

La reclusión debe terminar una vez que el juez, con ayuda pericial, compruebe la desaparición de las condiciones que hacían peligroso al recluso.

<sup>6</sup> Código Penal de la Nación Argentina, ed. Oficial, 1924, p. 149; DÍAZ, *Internamiento de seguridad* cit., p. 61; SOLER, II, 409; FONTÁN BALESTRA, III, 418; LAJE ANAYA, *Medidas de seguridad y tutelares* cit., p. 180.

<sup>7</sup> DÍAZ, *Internamiento de seguridad* cit., p. 58.



## Duodécima Parte

### **DERECHO PENAL Y CORRECCIONAL DE MENORES<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> NUÑEZ, II, 551; FONTÁN BALESTRA, III, p. 59. Un análisis sobre varias cuestiones procedimentales, José H. GONZALEZ DEL SOLAR, *El procedimiento correccional de menores en la Provincia de Córdoba a la luz de la ley 8498*, Foro de Córdoba, n° 33, año 7, 1996, ps. 61 y sgtes.





La Ley 22.278 (28-VIII-80), complementada por las Leyes 22.803 (9-V-83), 23.264 (23-X-85) y 23.742 (25-X-88), regula el *derecho penal de menores*. Cuyas normas son aplicables aunque el menor fuere emancipado (art. 9, Ley 22.278). Con arreglo al sistema vigente, cabe distinguir entre menores punibles y no punibles: dentro de los primeros, conforme al art. 1º de la ley 22.278, modificada por ley 22.803, se encuentran los menores de 16 años y los de entre 16 y 18 años, que no son punibles solo con respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de 2 años, con multa o con inhabilitación. Dentro de los segundos, el menor de entre 16 y 18 años "*que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el art. 1º*" (art. 2º, primer párrafo, ley 22.803), y el de entre 18 y 21 años de edad.

### I. Menores de 16 años.

No es punible el menor que no haya cumplido dieciseis años de edad. Producida la imputación la autoridad judicial dispondrá del menor provisionalmente, procediendo a la comprobación del delito, a tomar conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o curador, y a ordenar informes y peritajes para el estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentra (art. 1, Ley 22.803).

La ley no especifica cuáles son las medidas inherentes a la disposición provisoria, pero, se interpreta, analógicamente, son las mencionadas en el art. 3: control judicial con medidas modificables en beneficio del menor, restricciones de la patria potestad y tutela y decisión sobre la guarda<sup>2</sup>.

A los fines del estudio de la personalidad del menor, podrá disponerse su internación sólo el tiempo indispensable, de lo que se sigue que, de no ser necesario poner al menor en lugar adecuado (art. 1º, párrafo 3º), podrá confiárselo, bajo condiciones, a sus padres, tutores, guardadores o persona de confianza<sup>3</sup>.

Si de los estudios realizados resulta la existencia de una situación de abandono, de falta de asistencia, peligro material o moral o que presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del menor, por auto fundado y pre-

<sup>2</sup> DE LA RUA, *Código Penal Argentino*, 2ª ed., p. 668.

<sup>3</sup> RAÚL HORACIO VIÑAS, *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*, p. 305, Ediar, Buenos Aires, 1984.

via audiencia de los padres, tutor o guardador. En tal caso, el tribunal determinará las medidas previstas por el art. 3º, pero la disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento, por resolución judicial fundada, que operará de pleno derecho, cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Respecto de los padres, tutores o guardadores, el juez podrá asimismo declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda según corresponda (art. 7).

En el ámbito nacional, la autoridad técnico-administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículos 1º y 3º dispongan los jueces que, sin embargo, motivadamente, podrán ordenar que se realicen en otras instituciones públicas o privadas (art. 3º bis)<sup>4</sup>.

## II. Menores entre 16 y 18 años no punibles.

Con arreglo al art. 1º según ley 22.803, tampoco son punibles los menores que no hayan cumplido dieciocho años de edad, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de 2 años, con multa o inhabilitación.

A diferencia de los menores de dieciseis años, que no son punibles por su falta de capacidad para ser penalmente responsables por su inmadurez mental, los menores entre dieciséis y dieciocho años no son punibles, en relación a los delitos mencionados, no por su inimputabilidad, sino por razones de política legislativa<sup>5</sup>. Empero, según lo dispuesto por el art. 1º, quedan sometidos al mismo régimen que los menores inimputables por minoridad. También, al igual que éstos, no son sometibles a proceso (art. 2º, segundo párrafo, a contrario).

## III. Menores entre 16 y 18 años punibles.

El menor entre dieciséis y dieciocho años que cometiera un delito que no fuera de los enunciados en el art. 1º, párrafo primero, segunda parte, es imputable y, consecuentemente, punible. Como tal, es sometible al "*respectivo proceso*"

<sup>4</sup> Esta disposición, se ha dicho (ROSA DEL SOCORRO LESCANO, ley 23.742. *Régimen Penal de la minoridad. Modificación*, Doctrina Penal 1989, p. 745), subsana una omisión de la ley 22.278 y, al otorgar a los jueces la facultad de que, motivadamente, puedan ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas, ha recogido la experiencia de otros países y, también, la que se registra en la realidad nacional.

<sup>5</sup> DE LA RUA, ob. cit., p. 662 y sgte; también, en cuanto piensa que el menor entre 16 y 18 años no es inimputable, LAJE ANAYA, *Imputabilidad disminuida*, Semanario Jurídico n° 995, 28/VII/994, p. 61; GUILLERMO J. LEDESMA, *El régimen actual de la minoridad*, L.L. 1981-A-759, con la salvedad que se refiere a la ley 22.278, antes de la reforma de la ley 22.803. Pero el asunto se discute: así, VIDAL, *Derecho Penal Argentino*, p. 268, considera que se ha extendido la calidad de inimputable; también, VIÑAS, ob. cit., p. 298.

(art. 2º, segundo párrafo), durante el cual se dispondrá de él provisionalmente a los fines de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el art. 4º, sujetándolo a un periodo de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad (arts. 2º, 2do párrafo, y 4º inc. 3º).

Si de los estudios practicados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo, por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. La decisión versará sobre la obligada custodia del menor por el juez, mediante las medidas que estime convenientes, que serán siempre modificables en beneficio del menor, la restricción de la patria potestad o tutela o el discernimiento de la guarda, si correspondiere (art. 3º).

La imposición de pena a estos menores requiere: su previa declaración de responsabilidad penal y civil, si correspondiere, que haya cumplido 18 años edad y que haya sido sometido a tratamiento tutelar, no inferior a un año, prorrogable hasta la mayoría de edad. Cumplidos estos requisitos, el juez decidirá si es necesario aplicarle una pena, sobre la base de las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión *de visu* que deberá formar. Si decide, fundadamente, que la pena es innecesaria, lo absolverá, sin que, en tal caso, sea necesario que el menor haya cumplido los 18 años (art. 4º, última parte).

Por el contrario, si decide aplicarle una pena, la ley lo autoriza a disminuirla en la forma prevista para la tentativa, facultad que presupone que el delito fué consumado. En caso de condena, la pena se hará efectiva en institutos especializados y, alcanzada la mayoría de edad (21 años -C.C. art. 126 según ley 17.711-), el resto de la condena se cumplirá en establecimientos para adultos (art. 6).

Si el proceso por delito cometido por un menor de 18 años punible, comienza o se reanuda después que el imputado hubiere alcanzado esa edad, el tratamiento pupilar del art. 4º inc. 3 se cumplirá en cuanto fuera posible, debiendo ser complementado con una amplia información sobre su conducta. Si, en cambio, el imputado fuera ya mayor de 21 años, esta información suplirá el tratamiento al que debió ser sometido (art. 8).

#### *IV. Menores de 18 a 21 años*

Con arreglo a la ley, el menor entre 18 y 21 años que delinquiera durante este lapso es plenamente responsable, quedando equiparado en todo en relación con los mayores de edad, salvo en cuanto a que la condena debe cumplirse en establecimientos especiales hasta la mayoría de edad (art. 10)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> DE LA RUA, ob. cit., p. 672, porque -dice- el medio carcelario de los delincuentes adultos ofrece riesgos propios de la comunidad a un sujeto entre 18 y 21 años.



Décimotercera Parte

**REPARACIÓN DE PERJUICIOS<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> NUÑEZ, II, 563; íd., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, p. 213; íd., *La acción civil en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1982; Bustos, *Regulación del ejercicio de la acción civil en sede penal* ("Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año VI, N° 12, 1964, p. 59).



### *I. Perjuicios reparables*

El delito, a la par de la ofensa al bien penalmente protegido que fundamenta el castigo del autor, puede causar perjuicios patrimoniales que fundamentan el derecho de los damnificados a su reparación.

Según el artículo 29 del Código Penal, la reparación de los perjuicios causados por el delito comprende:

- 1º) la indemnización del daño material y moral causado por el delito;
- 2º) la restitución de la cosa obtenida por el delito;
- 3º) el pago de las costas.

### *II. Acción reparatoria*

#### *1. Conceptos generales*

Para obtener la reparación de los perjuicios que les ha causado el delito, la ley les concede a los damnificados una acción civil independiente de la acción criminal (C. C., 1096). Esta acción tiene naturaleza privada, porque su objeto sólo les interesa de manera inmediata y principal a los damnificados. La independencia de la acción civil respecto de la criminal impide que se unifiquen e identifiquen sustancial y formalmente su regulación material y su ejercicio por el mismo órgano, con los mismos procedimientos, derechos y deberes procesales, de manera que el ejercicio de una involucre el de la otra<sup>2</sup>.

Con arreglo al artículo 29 del Código Penal, la sentencia condenatoria podrá ordenar la reparación de los perjuicios causados por el delito. Con esto no desconoce la naturaleza privada de la acción reparatoria, sino que en atención al interés social en facilitar y garantizar la reparación, la ley se ha limitado a facultar al tribunal en lo penal para ordenar la reparación, pero subordinadamente a la demanda del damnificado y a lo que sobre la materia dispongan las leyes procesales locales<sup>3</sup>. Los nuevos códigos de procedimiento penal permiten el ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

<sup>2</sup> Sobre el significado del art. 1096, NUÑEZ, *La acción civil* cit., pág. 23 y sgte.

<sup>3</sup> NUÑEZ, ob. cit., p. 39 y sgtes.



## 2. Titulares

Los titulares de la acción reparatoria pueden ser la víctima del delito, su familia o los terceros a los que el delito les haya causado un daño material o moral (C. P., 29, inc. 1º). La víctima es la persona física o ideal ofendida en su persona o bienes por el delito. La familia está compuesta por el cónyuge sobreviviente y los herederos necesarios o forzosos del muerto por el delincuente (C. C., 1085 y 1078, § 2º, Ley 17.711). Los terceros son las personas físicas o ideales a las cuales el delito les ha causado un daño material en virtud de su relación jurídica de índole patrimonial con la víctima, por ejemplo, el comprador de la cosa hurtada reivindicada por su dueño o la persona que tenía derecho a servicios por parte de la víctima<sup>3 bis</sup>.

## 3. Responsables

La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los *responsables del delito* (C. P., 31), cualquiera que sea la participación que hayan tenido en él (ver C. P., 45 y 46)<sup>4</sup>. Por lo tanto, el damnificado tiene el derecho de demandar la totalidad del daño contra uno o todos los responsables (C. C., 699 y 705). La solidaridad funciona en lo que respecta a la reparación del daño, que comprende, de acuerdo al art. 29, la indemnización del daño material y moral, la restitución de las cosas al estado anterior al delito y las costas<sup>5</sup>.

La acción reparatoria también puede dirigirse *contra el que por título lucrativo hubiese participado de los efectos del delito*, pues esa persona está obligada a la reparación hasta la cuantía en que hubiese participado (C.P., 32)<sup>6</sup>. La acción se puede dirigir, igualmente, en forma conjunta o no con el autor del delito, contra el civilmente responsable por el daño causado (ver los arts. 1113 y ss. del C.C.).

## 4. Vinculaciones con la acción penal<sup>7</sup>

Cuando la acción reparatoria no se ejerce conjuntamente con la acción penal, no se desvincula totalmente de ella, sino que, en ciertas condiciones, el

<sup>3 bis</sup> Las leyes procesales pueden imponer limitaciones a los titulares de la acción, para su ejercicio en el proceso penal. V.gr. C.P.P. Cba, 24, en cuanto sólo admite el ejercicio de la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y, en los culposos, únicamente si se tratare de un homicidio o lesiones gravísimas, salvo en estos casos, las excepciones que establece.

<sup>4</sup> Por no ser un partícipe, el encubridor no responde por los daños causados por el delito (mayoría de la Cámara en lo Crim. y Correc. de la capital, 24-IX-929, J. A., t. 31, p. 330. La minoría supedita nuestra ley a la interpretación de un precedente extranjero inserto en un sistema distinto). Es posible, sin embargo, que el damnificado pueda demandar al encubridor por los daños y perjuicios que a su patrimonio le haya causado, por las circunstancias particulares del caso, un perjuicio distinto al ocasionado por el delito encubierto. NUÑEZ, *Solidaridad entre el autor del delito y el encubridor*, nota a fallo, Semanario Jurídico 133, 23/VI/980, p. 168; también, *Las Disposiciones* cit., p. 107.

<sup>5</sup> NUÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 107 y nota 210. En cuanto a las costas, en contra, Cámara en lo Crim. y Correc. de la Capital, 7-XII-934, *Fallos*, t. 1, p. 191.

<sup>6</sup> Por esta razón puede responder el encubridor del delito.

<sup>7</sup> NUÑEZ, II, 569; íd., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, p. 217.

juicio penal tiene prioridad sobre el civil y la decisión en aquél tiene preeminencia respecto a la que se dicte en éste.

#### A. Prioridad del juicio penal

Si al decisión sobre la acción civil hubiere precedido al ejercicio de la acción penal, cualquiera que sea la sentencia posterior sobre ésta, la sentencia civil dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos (C. C., 1106). Si, por el contrario, al instaurarse la acción penal, la sentencia civil no estaba firme, será nula por violación del artículo 1101 del Código Civil.

Cuando el ejercicio de la acción penal hubiere precedido al de la civil o fuere intentado estando pendiente el ejercicio de ésta, en el juicio civil no podrá haber *sentencia*<sup>8</sup> antes de la *decisión*<sup>9</sup> sobre la responsabilidad de acusado en el juicio criminal (C. C., 1101). La prioridad cesa por el fallecimiento o ausencia del imputado (C. C., 1101)<sup>10</sup>.

#### B. Preeminencia de la decisión penal

Cuando el *juicio penal* se ha promovido en las condiciones que le confieren prioridad, la *decisión penal* tiene preeminencia sobre la civil. Si la decisión penal ha sido condenatoria, en el juicio civil no se podrá contestar al existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado (C. C., 1102). Por el contrario, si la decisión penal fue absolutoria, en el juicio civil no se podrá alegar la existencia del hecho principal sobre el que hubiere recaído la absolución (C. C., 1103). El *hecho principal* no sólo comprende el hecho como tal, sino su tipicidad y antijuridicidad y la autoría<sup>11</sup>. La *culpa del condenado* comprende la imputabilidad y la culpabilidad del autor.

La *decisión penal condenatoria* es la sentencia. La *decisión absolutoria* puede ser la sentencia o el sobreseimiento definitivo. El punto se discute, pero los que niegan que el sobreseimiento hace cosa juzgada en el juicio civil de reparación, no advierten que lo que el artículo 1103 quiere asegurar es la

<sup>8</sup> La Ley habla de condenación, pero debe entenderse que se refiere a la sentencia condenatoria o absolutoria, pues su idea es evitar que la decisión civil pueda ser opuesta a la penal en determinados puntos (Cámara Civil 2ª de la Capital, 1-VIII-939, J. A., t. 67, p. 398; Cámara Civil 1ª de la Capital, 12-XII-922, J. A., t. 9, p. 855; Sup. Tribunal de Santa Fe, 14-X-941, La Ley, t. 27, p. 141; SALVAT, *Fuentes de las obligaciones (Hechos ilícitos)*, t. III, Buenos Aires, 1946, N° 2944.

<sup>9</sup> Ver SALVAT, ob. cit., N° 2946.

<sup>10</sup> Más detalles en NÚÑEZ, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, p. 218.

<sup>11</sup> Véase SALVAT, ob. cit., N° 2952; CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, t. II, Buenos Aires, 1947, Nos. 581 y ss.

preeminencia de la decisión definitiva de la justicia penal respecto de la civil, y no la invulnerabilidad de la cosa juzgada entre partes privadas<sup>12</sup>.

### III. La indemnización del daño<sup>13</sup>

#### 1. La indemnización

La *indemnización* del daño debe ser plena, en el sentido de que debe comprender todo el perjuicio causado<sup>14</sup>. Deberá ser hecha en dinero (ver C.C., 1083, Ley 17.711), fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba (C. P., 29, inc. 1º). Esta regla presupone que esté probada la existencia pero no el valor del daño. El daño puede ser material o moral.

#### 2. Daño material

Hay *daño material* siempre que se causa a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria *directamente* en las cosas de su dominio o posesión (por ej., destrucción o deterioro de una cosa), o *indirectamente* por el mal hecho a su persona (por ej., lesiones) o a sus derechos o facultades (v. gr., defraudaciones de los primeros o usurpaciones de las segundas) (C. C., 1068). El daño comprende no sólo el *perjuicio efectivamente sufrido* (*daño emergente*), sino también la *ganancia* de que fue privado el damnificado por el acto ilícito (*lucro cesante*) (C. C., 1069). El daño material debe ser *cierto*, y no simplemente eventual o hipotético. Su existencia actual o futura debe ser segura, aunque no se pueda establecer su verdadero monto. El daño es *incierto* si sólo se presenta como una simple posibilidad, porque existe peligro de que se produzca<sup>15</sup>.

#### 3. Daño moral<sup>16</sup>

El *daño moral* es la molestia que el delito produce en la seguridad personal o en el goce de los bienes, o la lesión que el delito causa en las afecciones legítimas<sup>17</sup>. No constituyen un daño moral, sino material, las repercusiones económicas que la molestia o la lesión puramente moral, tiene en la capacidad laborativa o en el crédito del que la sufre.

Con arreglo al nuevo artículo 1078, § 2 (Ley 17.711), la acción por indemnización del daño moral sólo compete al damnificado directo por el delito (la víctima según el art. 29 del C.P.)<sup>18</sup>, salvo que del hecho hubiere resulta-

<sup>12</sup> Ver NUÑEZ, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. I, p. 220.

<sup>13</sup> ORGAZ, *El daño resarcible*, 3ª ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1967.

<sup>14</sup> Ver ORGAZ, *El daño resarcible* cit., p. 67.

<sup>15</sup> ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 67.

<sup>16</sup> ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., § 9.

<sup>17</sup> Así lo definía el texto originario del art. 1078 del C.C.

<sup>18</sup> Ver ORGAZ, *El daño resarcible* cit., N° 33.

do su muerte, caso en el que únicamente tendrán acción los herederos forzosos (descendientes, ascendientes, viuda o viudo e hijos extramatrimoniales).

#### 4. Restitución<sup>19</sup>

Tratándose del daño material, la primera manera de reparar a que está obligado el responsable, es, siendo posible, la restitución de la cosa obtenida por el delito (C.P., 29, inc. 2º). Empero, con arreglo a la reforma del artículo 183 del Código Civil por la Ley 17.711, el damnificado puede optar por la indemnización en dinero.

La *restitución*, que excede la idea de una mera devolución de la cosa obtenida por el delito, consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior (C. C., 1083 [Ley 17.711])<sup>20</sup>.

Si la restitución es imposible de hecho (v. gr. destrucción o pérdida) o legalmente (v. gr., derecho legítimamente adquirido por un tercero)<sup>21</sup>, el damnificado puede exigir en sustitución de ella y como indemnización, el pago del precio de la cosa, más el de estimación si lo tuviere (C. P., 29, inc. 2º). Si la falta de restitución fuese parcial, la indemnización consistirá en el pago de la diferencia del valor actual y el primitivo de la cosa (C. C., 1094, 2ª disposición). En el caso de restitución, como en el de su imposibilidad, la reparación integral comprende los daños originados por la privación de la cosa.

#### IV. Preferencia de la obligación de indemnizar

La *obligación de indemnizar* es preferente a todas las que contraiga el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa (C. P., 30, § 1º). Para el titular del derecho a la indemnización, restitución y pago de las costas, el del art. 30 es un privilegio general sobre los bienes muebles e inmuebles del condenado. La preferencia rige para las obligaciones civiles y comerciales, pero no para las fiscales. En caso de concurso de acreedores, el privilegio no cede frente a privilegios especiales establecidos por las leyes<sup>22</sup>. La *obligación de restituir*, mientras se resuelva como tal, no tiene necesidad de esta protección, ya que ningún tercero puede invocar preferencia frente al derecho de la víctima a que se restituyan las cosas al estado anterior al delito.

Si los bienes del responsable no fueran suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias emergentes del delito, ellas se satisfarán en el orden siguiente:

<sup>19</sup> NÚÑEZ, II, 567.

<sup>20</sup> Ya antes, NÚÑEZ, II, 567; GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. I, Nº 328; SOLER, II (1963), § 75, IV; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala en lo Penal y Correccional, 3-IV-957, *Boletín Judicial* de Córdoba, 1958, p. 294.

<sup>21</sup> Por ej., la adquisición de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (C. C., 2412); o la prenda constituida de buena fe sobre cosa que no es perdida ni robada (C.C., 3213).

<sup>22</sup> NÚÑEZ, *Las Disposiciones* cit., p. 105.

1º) la indemnización de los daños y perjuicios;

2º) el resarcimiento de los gastos del juicio (C. P., 30, § 2).

A esos efectos, el producto del trabajo del recluso sólo responde en un 10 por ciento a la obligación de reparar (Ley Penitenciaria Nacional, 121, inc. a).

#### *V. Insolvencia*

Con arreglo al artículo 33 del Código Penal, en caso de insolvencia total o parcial del responsable, se observarán las reglas siguientes:

1º) tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11 del Código Penal (inc. 1º);

2º) tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de su entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total (inc. 2º).

Se terminó de imprimir en el mes de

**Marzo** de 1999 en los Talleres Gráficos de

**MARCOS LERNER EDITORA CÓRDOBA**

**Administración:** Duarte Quiros N° 545 Loc. 2 y 3 -

Tels. y Fax (0531) 4229333 - **Frente a Tribunales**

**Talleres:** Francisco de Paula Castañeda N° 1183 - Tel. (0351) 4600330

**E-Mail:** editorialerner@onenet.com.ar

Córdoba - República Argentina